Der Besitzdiener.

Inaugural-Dissertation

der

Juristen-Fakultät der Landes-Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Otto Sprenger.

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1902

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0030

Übersicht.

Seite.

Litteraturangabe 5

§ 1. **Einleitung:** Die Stellung des Besitzdieners in der Lehre vom Besitz . . . 8

I. Kapitel: Die Erfordernisse des Begriffes „Besitzdiener".

§ 2. 1. das Moment der thatsächlichen Gewalt . 13

§ 3. 2. das Willensmoment 27

§ 4. 3. das Moment der Geschäftsfähigkeit . . 30

§ 5. 4. das Abhängigkeitsverhältnis 32

§ 6. 5. Gegenstand der Besitzdienstschaft . . . 39

§ 7. 6. Umfang der Besitzdienstschaft 40

Excurs zu §§ 1—7: Das Verhältnis des Besitzdieners zum Detentor des römischen Rechts 41

II. Kapitel: Die nähere Bestimmung in einzelnen Fällen. 45

§ 8. 1. Haushalt: Dienstboten, Familienangehörige, Kastellan, Hausmeister . . 46

§ 9. 2. Erwerbsgeschäft: Angestellte, Handlungsreisende, Prokuristen, Heimarbeiter . . 51

§ 10. 3. Handlanger, Hausknechte, Dienstmänner, Bahnhofsportier 53

§ 11. 4. Soldaten: Dienstsachen, Ausrüstungsgegenstände 54

Seite.

§ 12. 5. Beamte: staatliche Gebäude, Dienstwohnung 55
§ 13. 6. Gesetzliche Vertreter und ähnliche Personen 56
§ 14. a) Verwaltungsbesitzer: Sequester, Testamentsvollstrecker, Vormund, Konkursverwalter 57
§ 15. b) Organe einer juristischen Person 58
§ 16. c) Schiffer 60
§ 17. 7. Verwahrer, Beauftragte, Unternehmer, Finder 60
§ 18. 8. Fälle vorübergehender Inhabung: Entleiher eines Opernglases und Kursbuches, Besucher einer staatlichen Bibliothek, Gast im Privathaus und Gasthaus (Billard, Messer und Gabeln) 61
Schluss: Die Funktionen des Besitzdieners
§ 19. a) gegenüber dem Besitzer 63
§ 20. b) gegenüber Dritten 64

Litteratur.

Über die vorliegende Arbeit nicht direkt erhebliche (namentlich gemeinrechtliche) Litteratur vgl. Matthias „Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes" (3. und 4. Aufl.), Bd. 2 § 2, sowie Maaß, „Bibliographie des Bürgerlichen Rechtes" im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 16 und Bd. 18.

Materialien: Motiven Bd. III S. 80 ff.; Protokolle S. 3370 ff.; Denkschrift S. 106 ff.

Lehrbücher des BGB.:

Bunsen, Einführung in das BGB., Bd. II § 2 S. 8 ff.

Cosack, Lehrbuch (1. und 2. Aufl.) Bd. II § 185 S. 60 ff.

Dernburg, das Bürgerliche Recht, Bd. III § 10 S. 39 ff.

Endemann, Einführung (3. und 4. Aufl.) Bd. II § 25 S. 95 ff.

Leske, vergleichende Darstellung des BGB. und ALR. (1. und 2. Aufl.) § 106 S. 254 ff.

Matthias, Lehrbuch (4. mit der 3. übereinstimmende Aufl.) Bd. II § 2 S. 4 ff.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch (8. Aufl.) § 148 S. 640 ff.

Kommentare des BGB.:

Biermann
Haidlen, Bd. II,
Fischer-Henle 2. Aufl.,
Planck, Bd. III,
Staudinger, Bd. III,
Scherer

} vgl. die Noten zu § 854 ff.

Monographien, Abhandlungen etc.:

Affolter, das Willensmoment beim Besitzerwerbe im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 17 S. 1 ff.

Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre des BGB. in Gruchots Beiträgen (Rassow-Küntzel) Bd. 42 S. 645 ff.

Bekker, der Besitz beweglicher Sachen, in Ihering's Jahrbüchern Bd. 34 S. 1 ff (citiert „Bekker").

Bekker, Aphorismen zur Besitzlehre, in den Beiträgen zur Auslegung des BGB. (Bernhöft-Binder) 1. Heft 1902 S. 1 ff.

Bendix, die Besitzlehre, Hannover 1900.

Förtsch, in Gruchots Beiträgen Bd. 43 S. 545 ff.

Gaertner, bei R. Leonhard „Studien zur Erläut. des Bürgerlichen Rechts" 4. Heft (1901).

Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes (1897).

Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht (1888).

Goldschmidt, Grundlagen der Besitzlehre (Vermischte Schriften Bd. I S. 23 ff., herausgegeben von Simon Berlin 1901).

Heß, Besitzen heißt gesichert sein, Hamburg 1895.

Ihering, über den Grund des Besitzschutzes (2. Aufl.) Jena 1869.

Ihering, der Besitzwille, Jena 1889.

Kniep, der Besitz (1900).
F. Leonhard, Vertretung im Fahrniserwerb.
Männer, Recht der Grundstücke (1899) § 14 S. 90 ff.
Randa, Besitz (4. Aufl. 1895).
Rotering, Besitz und Gewahrsam in der juristischen Vierteljahrsschrift Bd. 33 (1901) S. 11 ff.
Stintzing, der Besitz (1. Teil 1889, 2. Teil 1895).
Strohal, der Sachbesitz „Sonderabdruck aus Jherings Jahrbüchern" Bd. 38 S. 1 ff.
Weidemann, der mittelbare Besitz, Berlin 1902.
Wendt, der mittelbare Besitz im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 87 S. 40.

Dissertationen:

Burghoff, der Besitzwille, Greifswald 1900.
Frank, der Besitzwille, Bonn 1898.
Heinrichs, Besitzerwerb und Besitzerhaltung durch Stellvertreter, Rostock 1900.
Kappler, zur Lehre vom Besitz, Freiburg 1899.
Krahé, Besitzesschutz, Erlangen 1899.
Künkler, Selbsthülfeschutz des Besitzers, Marburg 1899.
Mundscheid, Stellvertretung im Besitzerwerb, Leipzig 1901.
Oppenheim, Begriff und Stellung des Besitzdieners, Jena 1900.
Raape, Besitzerwerb ohne Besitzwillen, Bonn 1901.
Wartensleben, Besitzvererbung, Greifswald 1899.

Einleitung.

§ 1.

Die Stellung des Besitzdieners in der Lehre vom Besitz.

Mit dem Worte „Besitz" verbindet die deutsche Sprache den Begriff eines räumlich oder in anderer Weise begründeten Machtverhältnisses der Person zur Sache, falls dieses Machtverhältnis in der selbständig ausgeübten thatsächlichen (körperlichen, physischen) Gewalt der Person über die Sache besteht oder nach der Anschauung des täglichen Lebens der selbständig ausgeübten thatsächlichen (körperlichen, physischen) Gewalt gleichzuachten ist.

Der „Besitz" geht aus von der physischen Gewalt, der rein körperlichen oder räumlichen Herrschaft der Person über die Sache, der „thatsächlichen" Gewalt im eigentlichen Sinne. Ein Reisender, der inmitten feindlicher Bevölkerung seine Forschungsreise durch unkultivirte Gegenden verfolgt, „besitzt" nur die physisch seiner Gewalt unterliegenden Gegenstände, denn hier hört mit der physischen Gewalt jegliches Machtverhältnis auf. Anders dagegen in Kulturstaaten. Hier endet das

Machtverhältnis über die Sache noch nicht, wenn die Person aufhört, sie mit ihrem Leibe zu decken, es kann auch bei Wegfall der physischen Gewalt ein Machtverhältnis bestehen bleiben, weil „die Gesellschaft" die Rechte ihrer Mitglieder achtet. Wir sprechen unbedenklich dem Gutsherrn den Besitz seiner Herde zu, auch wenn er nicht einmal weiß, auf welcher Wiese sein Kuhhirt sie gerade weidet, denn auf Grund unserer sozialen Verhältnisse bleibt ihm trotz Fehlens physischer Gewalt eine Macht über die Herde, die in ihrem wirtschaftlichen Werte der physischen Gewalt so gut wie gleichsteht und ihr daher im täglichen Leben auch gleichgeachtet wird.

Andererseits nennen wir den Kuhhirt nicht Besitzer, obwohl er die thatsächliche Macht über die Herde ausübt, denn unsere sozialen Verhältnisse, der Umstand, daß ihm der Gutsherr jederzeit ohne Weiteres die Herde wegnehmen kann, läßt seine thatsächliche Herrschaft dem Gutsherrn gegenüber als wirtschaftlich wertlos erscheinen. Er ist nur Werkzeug in der Hand eines anderen, seine physische Herrschaft weicht jederzeit der wirtschaftlichen seines Herrn. Daher das Begriffserfordernis der Selbständigkeit bei Ausübung des Machtverhältnisses.

Diese Selbständigkeit bei Ausübung des Machtverhältnisses ist unabhängig vom Bestehen des Eigentumsrechtes oder sonstiger Rechte der Person an der Sache und wird begrifflich lediglich von der Verkehrsanschauung bestimmt. So übt der Mieter nach der Anschauung des täglichen Lebens die thatsächliche Gewalt über die Mietsache trotz kontraktlicher Abhängigkeit vom Vermieter selbständig aus; er „besitzt" die Mietsache, der Vermieter darf sie ihm nicht ohne Weiteres wegnehmen. Das

Wort „Besitz" enthält sprachlich somit einen „sozialen Machtbegriff",[1] wobei der „thatsächlichen" Gewalt im eigentlichen Sinne (physischen Gewalt) die „soziale" Gewalt gleichgestellt ist und ihr bis zu einem gewissen Grade sogar vorgeht.

Wir werden sehen, daß sich mit dem sprachlichen Besitzergriff in der Hauptsache der rechtliche Besitzbegriff des BGB. deckt. Dies ist gewissermaßen die Folge einer innerlichen Notwendigkeit. Denn die Beziehung der Person zur Sache, das Gewaltverhältnis, welches der Person nach der Auffassung des täglichen Lebens, der Verkehrsanschauung, die Macht verleiht, Einwirkungen anderer Personen auf die Sache fernzuhalten, ist wesentlich thatsächlicher Natur und keine Schöpfung der positiven Gesetzgebung. Diese thatsächliche Beziehung wird aber von der Rechtsordnung mit besonderen Schutzmitteln ausgestattet und als wichtiges Moment für die Regelung der anderen Art unmittelbarer Beziehungen der Person zur Sache, nämlich der von der Rechtsordnung geschaffenen rechtlichen Beziehung, verwertet.[2])

Das BGB. vermeidet es, eine direkte Definition des Besitzes zu geben.[3]) Es sucht den Begriff des Besitzes dadurch näher zu fixiren, daß es über Erwerb- und

---

1) Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht, Berlin 1888, Sonderabdruck aus der Festgabe für Rudolf von Gneist S. 3.

Das Nähere unten bei der Lehre von der thatsächlichen Gewalt (§ 2).

2) cf. Planck, Kommentar zum BGB. Bd. III, Vorbemerkung zum ersten Abschnitt des dritten Buches (S. 28 u. 29); Dernburg Bd. III § 10, S. 39.

3) Dieser Akt der Beschränkung wird den Verfassern mit Recht als Verdienst angerechnet. Goldschmidt a. a. O. S. 1.

Verlustgründe, sowie über einzelne Arten des Besitzes Vorschriften aufstellt.

§ 854 Abs. 1 bestimmt, daß der Besitz einer Sache durch „Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache“ erworben.

§ 856 Abs. 1, daß er dadurch beendigt wird, „daß der Besitzer die thatsächliche Gewalt über die Sache aufgiebt oder in anderer Weise verliert.“

§ 856 Abs. 2, daß „durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt der Besitz nicht beendigt“ wird.

Gemäß § 854 Abs. 2 genügt zum Erwerbe des Besitzes die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers, „wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben.“

Ausgedehnt wird der Besitzbegriff sodann durch Aufstellung des Begriffs des mittelbaren“ Besitzes in § 868: „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der Andere Besitzer (mittelbarer Besitz),“ während eine (formelle) Einschränkung in dem hier näher zu behandelnden § 855 erfolgt: Übt jemand die thatsächliche Gewalt über eine Sache für einen Anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der Andere Besitzer.“

Das Gesetz knüpft den Besitz somit generell an das Vorhandensein der thatsächlichen Gewalt, aber es macht

— wenigstens formell[4] — in § 855 die Ausnahme, daß die unselbständig (im Haushalte eines Anderen, in dessen Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis der Abhängigkeit) ausgeübte thatsächliche Gewalt nicht dem eigentlichen Ausübenden, sondern dem Anderen Besitz giebt. Also nur die selbständig ausgeübte thatsächliche Gewalt giebt Besitz im Sinne des Gesetzes, der unselbständige Gewaltinhaber — nennen wir ihn einstweilen „Besitzdiener“[5] — ist nicht Besitzer im Sinne des BGB. Seine Stellung ist aber nicht nur eine negative. Schon aus § 955 ergiebt sich seine Bedeutung in positiver Hinsicht daraus, daß er einem Anderen „Besitz“ verschafft. Nach §§ 859, 860 stehen ihm ferner Rechte zu sowohl zur Verteidigung des bedrohten Besitzes wie zur Wiedererlangung des entzogenen Besitzes durch Selbsthülfe.

In folgendem sollen die einzelnen Begriffsmerkmale des Besitzdieners sowie die Momente, durch die er sich vom Besitzer unterscheidet, des näheren dargelegt werden.

4) Ob auch materiell eine Ausnahme vorliegt wird weiter unten zu erörtern sein (vgl. § 2).

5) Der Name „Besitzdiener“ für den Nichtbesitzer des § 855 BGB. ist von Bekker aufgestellt und nicht unangegriffen geblieben. Mit dem Vorzug der Priorität ausgestattet, ist er zu acceptieren im Interesse einer festen Terminologie, zumal die zum Ersatz vorgeschlagenen Ausdrücke nicht unbedenklich sind (vgl. Planck Note 2 zu § 855 S. 36).

Acceptiert ist die Bezeichnung von Planck (l. c.), Biermann (S. 66, Matthiaß (S. 6), Wendt (S. 42), und anderen. Strohal (S. 3) nennt den Besitzdiener unselbständiger Inhaber“, Endemann (S. 132), „Besitzhalter“, Windscheid-Kipp (S. 689 und 691) „Besitzgehülfe“ u. s. w. Das Verhältnis als „Besitzdienstschaft“ zu bezeichnen, dürften höchstens Bedenken des Wohllauts abraten. Ein terminus technicus ist im Gegensatz zu Planck (S 36) doch wohl als erwünscht anzusehen. Sprachlich unrichtig ist dagegen die häufige Bildung: „Besitzdienerschaft“ (cf. Oppenheim Überschrift zu § 5, auch Bekker (cf. S. 44) verwendet diesen Ausdruck) da mit „Dienerschaft“ eine Personenmenge nicht eine Personeneigenschaft sprachlich zum Ausdruck gelangt; die Eigenschaft wird mit „Dienstschaft“ wiedergegeben.

I. Kapitel.

Die Erfordernisse des Begriffes „Besitzdiener."

§ 2.

1. Das Moment der thatsächlichen Gewalt.

Als erstes Merkmal sowohl des Besitzers wie des Besitzdieners tritt uns „die thatsächliche Gewalt" der Person über die Sache entgegen. Was versteht das Gesetz unter „thatsächlicher Gewalt?"

Nach den Protokollen (vgl. S. 3334 und 3335) soll der Ausdruck „das für das Wesen des Besitzes kennzeichnende Moment" enthalten, daß der Besitzer im Stande sei, Dritte von seinem Machtbereiche auszuschließen." Nach den im Verkehre herrschenden Anschauungen sei dann zu beurteilen, ob das thatsächliche Verhältnis der Person zur in Besitz genommenen Sache ausreiche, um den Besitz als fortbestehend anzusehen." Wir glauben nun nicht, daß der Ausdruck „thatsächliche Gewalt" sprachlich den Inhalt hat, den ihm die Protokolle unterlegen. Das von den Protokollen gezeichnete Machtverhältnis ist abhängig von der Verkehrsanschauung, der Machtbegriff ist ein relativer, und diesen relativen Begriff, den „sozialen Gewaltbegriff", verbindet die deutsche Sprache, wie oben dargelegt, mit dem Worte

„Besitz." Im Gegensatz zu diesem relativen Begriff steht unseres Erachtens der sprachliche Begriff der „thatsächlichen Gewalt!" Er ist unabhängig von der Verkehrsanschauung (absolut). Es mag zugegeben werden, daß wir den Ausdruck im täglichen Leben mitunter „utiliter", nämlich in Hinsicht auf die wirtschaftliche Gleichbewertung der physischen Gewalt mit der nicht physischen sozialen Gewalt und um diese wirtschaftliche Gleichbewertung zum Ausdruck zu bringen (thatsächlich, praktisch, wirtschaftlich), im Sinne der Protokolle gebrauchen. Daß wir uns aber hierdurch einer Verwischung des Begriffs schuldig machen, zeigt uns schon der Umstand, daß wir den Begriff ohne Zusatz stets im engeren (physischen oder räumlichen) Sinne nehmen und daß unser Sprachgefühl uns den Gebrauch des Ausdrucks dann völlig verwehrt, wenn sich das soziale Gewaltverhältnis scharf von der physischen oder räumlichen Machtsphäre scheidet. Wir nennen den Eigentümer der unbewohnten Insel,[6] die er nur zur guten Jahreszeit betreten kann und auf der er dann Möveneier zu sammeln pflegt, auch zur schlechten Jahreszeit Besitzer, aber wir würden nicht so kühn sein, ihm zur Zeit der Äquinoktialstürme eine thatsächliche Gewalt über die Insel beizulegen. Die sprachlichen Bedenken, die der vom Gesetzgeber beabsichtigten Verwendung des Ausdruckes „thatsächliche Gewalt" entgegenstehen, dürfen uns nun nicht veranlassen, durch sprachlich strengrichtige Auslegung des verwandten Ausdruckes unter „thatsächlicher Gewalt" allein die physische oder räumliche Herrschaft der Person über die Sache zu verstehen. Wir müssen

6) Ihering, Besitzwille S. 481.

vielmehr die „thatsächliche Gewalt" der genannten Paragraphen so auffassen, wie wir sprachlich den Besitzbegriff definirten — unter Weglassung des Erfordernisses der Selbständigkeit — nämlich als die von der Verkehrsanschauung anerkannte Herrschaft der Person über die Sache.[7] Den Protokollen,[8] die eine derartige Auffassung erstreben, kann allerdings ein wesentlicher Einfluß nicht eingeräumt werden. Die Rechtfertigung unserer Auslegung entnehmen wir vielmehr aus dem Vergleich und der hierdurch gewonnenen Interpretation der in Frage kommenden gesetzlichen Bestimmungen.

---

7) Dieser Definition scheint ein Teil der neueren Doktrin unwiderstehlich zuzustreben. Die korrekteste Fassung giebt ihr wohl Goldschmidt, Studien z. Besitzrecht 1888, der zuerst den Charakter des Gewaltbegriffs als „socialen" scharf fixiert. Über die Entwicklung cf. Windscheid § 153 Note 8 (S. 669); vgl. ferner Planck § 854 Note 2 (S. 31 ff.); Randa § 11 S. 407 (im Vergleich mit österreichischem Recht); Endemann § 33 S. 131.

8) Auf S. 3334 wird die Zuversicht ausgesprochen, daß der gewählte Ausdruck der thatsächlichen Gewalt „bei verständiger Gesetzesanwendung nicht zu bedenklichen Entscheidung Anlaß gebe." Man ist sich also der Differenz zwischen dem sprachlich mit dem Ausdruck verbundenen und dem Begriff, der im Gesetz zum Ausdruck gebracht werden sollte, bewußt gewesen. Ohne in die Schaar derer zu treten, die leicht eine Begriffsverwirrung feststellen, und ohne die Schwierigkeiten zu unterschätzen, welche einer präcisen Formulierung des in Frage stehenden Gewaltbegriffs entgegenstehen, würde es unseres Erachtens richtiger gewesen sein (da man in weiser Beschränkung auf eine genaue Definition verzichtet hatte), wenn der Zusatz aufgenommen wäre: „oder eine durch die Verkehrsanschauung der thatsächlichen Gewalt gleichgeachtete Gewalt." Hierdurch würde eine unseres Erachtens immerhin vorliegende Vergewaltigung des Sprachgefühls vermieden worden sein. Vorstehendes wird nicht durch Windscheid-Kipp (zu §§ 148—155 I a S. 689) widerlegt, der von einem „immer noch brauchbaren Ausdruck für ein im Leben höchst mannigfaltiges Etwas, welches sicherer auch durch die neueren

Nach § 854 wird der Besitz durch Erlangung der thatsächlichen Gewalt erworben, nach § 856 durch Verlust der thatsächlichen Gewalt beendigt. Nach § 855 ist bei Vorliegen eines der dort erwähnten Abhängigkeitsverhältnisse nicht die abhängige Person, welche die thatsächliche Gewalt ausübt (der Besitzdiener), sondern die andere Person, für welche die Gewalt ausgeübt wird, Besitzer.

Darnach ergiebt sich: Die „thatsächliche Gewalt" im Sinne des Gesetzes hat sowohl der Besitzdiener wie auch die Person, für welche der Besitzdiener die thatsächliche Gewalt ausübt. Dem Besitzdiener ist sie expressis verbis zugesprochen, während sie sich für den „Besitzer" des § 855 indirekt daraus ergiebt, daß § 856, der die einzige Bestimmung über die Beendigung des Besitzes enthält, die Beendigung des Besitzes an den Verlust der thatsächlichen Gewalt knüpft; hätte der „Besitzer" des § 855 nicht die in § 854 erwähnte „thatsächliche Gewalt", so würde auf ihn die einzige gesetzliche Bestimmung über die Beendigung des Besitzes (§ 868) nicht angewendet werden können.

Formulierungen nicht getroffen wird" spricht. Warum die krampfhafte Suche nach einem einzelnen Wort, wo doch feststeht, daß die deutsche Sprache (abgesehen von dem Wort „Besitz") für den zum Ausdruck zu bringenden Begriff ein selbständiges Wort nicht hat? Von den zahlreich vorgeschlagenen Ausdrücken für das fragliche Gewaltsverhältnis (cf. auch Windscheid § 153 Note 8) dürften übrigens das Wort „Inhabung" (so Matthiaß § 2 I (S. 5), Strohal S. 4 ff. und andere) trotz seiner sprachlichen Gebräuchlichkeit und seines unschönen Klanges den Vorzug verdienen, da es immerhin dem Begriff am nächsten kommt. Besitz ist somit „selbständige Inhabung", während man das Verhältnis des Besitzdieners, für das wir den Ausdruck „Besitzdienstschaft" wählten, als „unselbständige Inhabung" bezeichnen kann.

Aus dem Umstande, daß der durch einen Besitzdiener (§ 855) besitzenden Person die „thatsächliche Gewalt" zugesprochen ist, ergiebt sich aber, daß das Gesetz unter „thatsächlicher Gewalt" nicht das rein physische oder räumliche, sondern das sociale Machtverhältnis versteht, wie es im Besitz zur Geltung kommt.

Folgten wir hierin im Wesentlichen Planck (a. a. O. § 855 Note 1 S. 35), so können wir ihm darin nicht beistimmen, wenn er (a. a. O. Vorbemerkung 3 vor § 854 S. 29) anscheinend den Besitz selbst mit der thatsächlichen Gewalt identifiziert, also das weitere Begriffserforderniis der Selbständigkeit in den Begriff der „thatsächlichen Gewalt" hineinlegt. Hat doch nach § 855 der Besitzdiener ausdrücklich zwar die thatsächliche Gewalt, aber nicht Besitz.

§ 855 stellt zwar formell eine Ausnahme von einem in § 854 bereits gegebenen Besitzesbegriff auf, materiell wird aber der Besitzesbegriff erst durch die Verbindung[9] der genannten Paragraphen gegeben. Ein jeder Paragraph giebt ein selbständiges Begriffserfordernis,

---

9) Wir treten also hierin weder der Gruppe bei, welche in der Bestimmung des § 855 eine Ausnahme von dem Grundsatze des § 854 Abs. 1 erblickt (cf. Biermann Anm 1 zu § 855, Leonhard S. 63), noch können wir Planck (a. a. O. § 855 Note 1 S. 35) folgen, der in Gemäßheit seiner direkten Gleichstellung von Besitz und thatsächlicher Gewalt im § 855 eine Erläuterung sieht. — Planck, der sich zunächst auf die Protokolle berufen kann, muß zugeben, daß sie ihn später (vgl. S. 3340, 3341 ff.) im Stich lassen, in dem sie wie die Denkschrift (vgl. S. 106), von einer im § 855 liegenden Ausnahme sprechen. Gegen die Planck'sche Gleichstellung von Besitz und thatsächlicher Gewalt cf. Bekker, Aphorismen zur Besitzlehre in den Beitr. z. Ausl. des BGB. 1. Heft (1902) S. 15 ff.

§ 854 Abs. 1 das der thatsächlichen Gewalt, § 855 das der Selbständigkeit. Das Ergebnis beider Paragraphen ist: die selbständig ausgeübte thatsächliche Gewalt giebt Besitz (die unselbständige schafft den Besitzdiener).

Inwieweit ein Abhängigkeitsverhältnis darauf Einfluß hat, ob der Inhaber der thatsächlichen Gewalt Besitzer ist oder nicht, wird im nächsten Paragraphen zu behandeln sein; die scheinbar diesem vorgreifende soeben vorgenommene Formulierung verfolgte nur den Zweck, durch systematische Entwicklung der §§ 854, 855, 868 den Beweis zu führen, daß die „thatsächliche Gewalt" der herangezogenen Paragraphen überall in gleicher Weise[10] als „soziale" Gewalt zu verstehen sei; hierbei war ein Eingehen auf die Spitze des formell jedenfalls

10) Es scheint uns ein erheblicher Vorzug der oben gegebenen Deduktion zu sein (nach der Besitz die selbständig ausgeübte thatsächliche (sociale) Gewalt ist und nach welcher der durch den Ausdruck: „thatsächliche Gewalt" wiedergegebenen sociale Gewaltbegriffe noch nicht das für den Besitz wesentliche Begriffsmerkmal der selbständigen Ausübung involviert, daß wir überall, wo das Gesetz sich des Ausdrucks „thatsächliche Gewalt" bedient, den gleichen Begriff einsetzen können. Nehmen wir mit Planck bereits das Begriffsmerkmal der Selbständigkeit als durch den Ausdruck gedeckt an, so kommen wir in die Zwangslage, dem gleichen Ausdruck in zwei unmittelbar auf einander folgenden Gesetzbestimmungen (§§ 854, 855) einen verschiedenen Sinn unterzulegen, nämlich zuerst einen weiteren (thatsächliche Gewalt = soziale Gewalt, welche eo ipso den Begriff der Selbständigkeit in sich schließt) dann einen engeren (thatsächliche Gewalt = Gewaltsverhältnis, das mangels selbständiger Ausübung als soziale „thatsächliche Gewalt nicht angesehen werden kann). Es würde unseres Erachtens einen schweren Vorwurf gegen den Gesetzgeber begründen, wenn er — abgesehen von der sprachlichen Inkorrektheit, der er sich ja einfürallemal schuldig weiß — nun auch noch den fehlerhaften Ausdruck in zwei ver-

zwischen den §§ 854 und 855 vorliegenden Gegensatzes nicht zu umgehen.

Es ist gleichfalls vorweg zu nehmen, daß die thatsächliche Gewalt im Sinne des Gesetzes sowohl dem „Besitzer" des § 855 als dem Besitzdiener zu gleicher Zeit zuzusprechen ist. Ist sie doch nicht grob sinnlich, sondern übertragen als soziale Gewalt aufzufassen. Die Gewalt des Besitzers ist gleichsam „noch sozialer". Ihn verbindet mit der Sache auf alle Fälle ein Band, das lediglich unseren sozialen Verhältnissen seine Festigkeit verdankt, nämlich sein Verhältnis zum Besitzdiener. Aber auch das Machtverhältnis des Besitzdieners über die Sache kann ein soziales sein. In der Regel wird es allerdings nach der physischen Seite neigen; der Bediente, der dem Herrn die Stiefel bringt, die Köchin, die den Marktkorb trägt, der Kutscher, der die Pferde spazieren

---

schiedenen Bedeutungen unmittelbar hintereinander gebrauchen wollte. Mit Recht vermeint Endemann (§ 33 Anm. 7 S. 132) daß mit Rücksicht auf § 853 Abs. 1, in dem thatsächliche Gewalt Besitz giebt, § 855 zunächst den widerspruchsvollen Inhalt hat: wer Besitzer im Haushalt ꝛc. ist, ist nicht Besitzer. Der Versuch Endemanns, den Widerspruch dadurch zu heben, daß er den Nachdruck auf die Schlußworte legt: er ist nicht Besitzer, und die Voraussetzung als scheinbar hingestellt, als unjuristisch gemeint, aufgefaßt wissen will, erscheint uns künstlich.

Demgegenüber steht — abgesehen von ihrer unseres Erachtens zutreffenden Begründung — die Einfachheit der hier vertretenen Auffassung, nach der die „thatsächliche Gewalt' zwar sozial zu verstehen ist, (wir werden später sehen, daß auch der Besitzdiener nicht physisch zu besitzen braucht) aber doch nicht gleich „Besitz" ist, und nach dem § 855 zusammen mit §§ 854 und 868 den Besitz beschreiben.

Wie Endemann ähnlich Oppenheim (S. 16, 20, 21) der anscheinend direkt verschiedene Begriffe demselben Ausdruck unterlegen will.

führt, ihnen allen steht ein physisches Machtverhältnis über die Sachen zu. Aber es kann auch anders sein. Der Kutscher, der die ihm anvertrauten Pferde auf die Weide gebracht hat, behält die thatsächliche Gewalt über die Tiere im Sinne des Gesetzes auch dann, wenn er sie nach Hause zum Mittagessen begleitet und dort die physische Gewalt über die Tiere, wie er sie dem Gesinde hat, aufgiebt. Er bleibt Besitzdiener der Pferde seines Herrn. Wenn nun der Herr befiehlt, daß ein fremder Mensch die Pferde forttreibe, so kann er das dem Besitzdiener gebieten, der [illegible] nicht dadurch aufgegeben, daß er die Pferde auf die gewohnte Weide trieb und sie dort allein ließ. Natürlich konnte er allerdings in der Zwischenzeit seine Herrschaft nicht aufrecht erhalten, ein jeder konnte die Tiere fortführen. Aber unsere Gesellschaftsordnung läßt es überhaupt gestatten, Pferde frei im verschlossenen Stall zu halten. Es wird nach der Anschauung des täglichen Lebens infolge der in einem Kulturstaate vorhandenen Ordnung nicht vorkommen, daß der Kutscher oder der Herr die zum gewöhnlichen Dienst im Stall, Hof oder sonstwo unbeaufsichtigt weiden [illegible]. Das ist praktisch nicht ohne Bedeutung. Nehmen wir einmal an, der Kutscher oder der Knecht wendete sich bei der ihm befohlenen Art der ihm anvertrauten Tiere auf fremdem Boden z. B. [illegible] Wiese im Nachbarhofe und ohne Wissen ihres Dienstherrn. Wir würden jedenfalls den Dienstherrn des Falls nicht strafbar finden. Dies geht aber nur dann, wenn wir dem Besitzdiener zumuten, daß er die thatsächliche Gewalt im Sinne

11) So auch Bekker S. 47.

Zeit auf den Leib zugeschnitten ist, kann nur von Vorteil sein.[12]

Jedenfalls wird man das Moment einer gewissen zeitlichen Dauer der Herrschaft der Person über die Sache als erforderlich erachten müssen, um „thatsächliche Gewalt" als vorliegend annehmen zu können. Dies liegt im Begriff der thatsächlichen Gewalt als Begriff der „Herrschaft" der Person über die Sache begründet. Der treibende Baumstamm, der von einer bergenden Person für wenige Sekunden festgehalten wird, um dann auf's neue gegen den Willen des bergenden von der Strömung nach Belieben weiter getrieben zu werden, ist nie in die „thatsächliche Gewalt" der fraglichen Person gelangt. Zwar reichte die Kraft des Bergenden aus, um den Stamm wenige Sekunden zu halten, und wir würden keinen Anstoß nehmen, ihm vom ersten Moment an die thatsächliche Gewalt über den Stamm zuzusprechen, wenn dieses Anhalten des treibenden Stammes zu einem dauernden Zustand (etwa durch nachherige Befestigung am Ufer) gelangt wäre Da im angenommenen Fall aber das Verhältnis der entgegengesetzt wirkenden Kräfte (Mensch: Strom) ein derartiges war, daß die Kraft des Menschen nur für wenige Sekunden die Kraft des Stromes zu bezwingen vermochte, begründete die kurze Gewalt der Person über die Sache noch keine Herrschaft im Sinne des täglichen Lebens (rein abstrakt ist natürlich Herrschaft auch für den Bruchteil einer Sekunde denkbar). Eine Sicherung der Herrschaft der Person über die Sache für eine längere Zeit wird damit nicht gefordert, sondern nur

12) Vgl. Goldschmidt S. 3.

die Möglichkeit, länger als nur für den Augenblick nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge auf die Herrschaft über die Sache rechnen zu können.[13]

Das von Jhering (Besitzwille) für die Lehre vom Besitz in den Vordergrund gesetzte Moment, daß die Person in einem thätsächlichen Verhältnis zu einer Sache steht, welches durch den Zweck ihrer wirtschaftlichen Verwendung geboten ist, wird häufig bei Entscheidung eines einzelnen Falles, ob „thatsächliche Gewalt" vorliegt oder nicht, von Bedeutung sein. Zunächst wird das Gemeinbewußtsein, um dem Bedürfnis nach gesetzlichem Schutz (Besitzesschutz) entgegen zu kommen, dazu neigen, in allen Fällen, wo eine Person zu einer Sache in einem der wirtschaftlichen Zweckbestimmung der Sache entsprechenden thatsächlichen Verhältnis steht, „Besitz" und damit thatsächliche Gewalt als vorliegend anzunehmen. Der tiefere Grund dieser Annahme ist aber der, daß ja durch das erkennbare Verhältnis der Person zur Sache deutlich in die Erscheinung tritt, daß die Sache nicht verlassen und herrenlos ist, sondern, da sie für einen bestimmten Zweck verwandt ist, in die Rechtssphäre einer bestimmten Person fällt. Diese Erkenntnis hat zur Folge, daß man die Rechtssphäre des Dritten achtet und nicht etwa unwissentlich verletzt, so daß schließlich der Erfolg der ist,

---

13) cf. Dernburg § 12, S. 42: „. . . . daß man nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge darauf rechnen kann, über die Sache verfügen zu können". Ein ähnlicher Gedanke liegt der positiven Bestimmung des § 856 Abs. 2 zu Grunde: „durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt wird der Besitz nicht beendigt."

daß die betreffende Person (mag sie Besitzer oder Besitzdiener sein) die thatsächliche Gewalt im sozialen Sinne trotz Fehlens physischer Herrschaft über die Sache deshalb ausübt, weil sich die Sache dritten gegenüber in einem Zustande präsentiert, der ihrer Zweckbestimmung entspricht. So behält der Fischer (als Besitzer) bezw. der in Abwesenheit seines Herrn thätige Fischerknecht (als Besitzdiener) die „thatsächliche Gewalt" über die ausgestellten Netze und Reusen auch dann, wenn er sich selbst nicht mehr in Sehweite des Wassers befindet. Fehlerhaft wäre es aber, nun zu sagen, daß in diesem Falle das Kriterium der thatsächlichen Gewalt in dem der wirtschaftlichen Zweckbestimmung entsprechenden thatsächlichen Verhältnis der Sache zur Person bestehe. Das Kriterium liegt vielmehr in der Erkennbarkeit des fremden Rechtes. Diese Erkennbarkeit wird hier zufällig dadurch bewirkt, daß sich aus dem Zustande der Netze — der ihrer wirtschaftlichen Zweckbestimmung entspricht — für jedermann ergiebt: die Netze sind weder herrenlos, noch sind sie abhanden gekommen, der Zustand, in dem sie sich befinden, ist vielmehr von dem Berechtigten gewollt. Diese Erkennbarkeit kann aber auch in anderer Weise bewirkt werden. Angenommen, dem Fischer zerbricht auf dem Handwagen, auf dem er die schweren und großen Netze transportiert, ein Rad. Er wirft die Netze an den Rand der Chaussee und geht mit seinem Handwagen in das nächste Dorf, um ihn reparieren zu lassen. Er hat jetzt unbedingt die „thatsächliche Gewalt" über die Netze nicht mehr, denn Vorübergehende werden glauben, daß die Netze beim Transport verloren gegangen seien, sie werden ihren Zustand nicht mehr

respektieren, sondern sie mitnehmen und als Fund der Behörde einliefern. Giebt aber der Fischer in irgend einer Weise zu erkennen, daß die Netze sich vorläufig mit seinem Willen am Rande der Chaussee befinden, etwa in der Weise, daß er eine Warnungstafel: „Die Netze bitte ich vorläufig hier liegen zu lassen“ aufstellt, (es genügt aber wohl auch, wenn er sie in der Weise aufschichtet, bezw. lagert, daß jedermann die Absicht in der ungewöhnlichen Lagerung erkennt), so behält er die thatsächliche Gewalt. Wer die Netze sich trotzdem zueignet, begeht keine Fundunterschlagung sondern einen Diebstahl. Obwohl sich also hier die Netze nicht in einem thatsächlichen, ihrer wirtschaftlichen Zweckbestimmung entsprechenden Zustande zur Person befinden, liegt wegen der Erkennbarkeit des fremden Willens doch „thatsächliche Gewalt“ vor.

Andererseits hat der Gärtner eines öffentlichen Gartens, der eine zur Zeit noch kahle Bodenstelle am Wege, an der in wenigen Tagen ein frostempfindliches Zwiebelgewächs hervortreiben wird, zum Schutz gegen Nachtfröste mit einem Sacktuch oder einem Tannenzweig bedeckt, die thatsächliche Gewalt über den Bedeckungsgegenstand in seiner Abwesenheit dann nicht, wenn er die Bedeckung nicht so vornimmt, daß ihre Natur vom passierenden Publikum erkannt wird. Denn ist die Absicht des Gärtners dem Publikum nicht erkennbar, so wird es, obwohl sich die zur Bedeckung verwendeten Sachen in einem ihrer wirtschaftlichen Zweckbestimmung entsprechenden Verhältnis zur Person befinden, den geschaffenen Zustand nicht respektieren, sondern den Tannenzweig als wertlos oder garnicht dorthin gehörig

verschleppen, das Sacktuch als verloren mitnehmen. Dieses könnte dem Gärtner sogar von seinen eigenen angestellten Arbeitern, welche die Anlagen zu säubern haben, widerfahren.

Mitunter kann die wirtschaftliche Zweckbestimmung einer Sache zudem direkt dahin gehen, daß ein Band „thatsächlicher Gewalt" das sie mit der Person verknüpft, nicht vorliegt bezw. daß es nachträglich zerschnitten wird. So befinden sich die auf der Luftreise nach dem Nordpol von André ausgeworfenen Bojen, wenn sie verlassen auf dem Weltmeer schwimmen, augenscheinlich in dem Verhältnis zu seiner Person, der ihrer Zweckbestimmung entspricht, denn ihre Zweckbestimmung war die, aus dem Ballon ausgeworfen und nach längerem Treiben im glücklichem Falle von einer dritten Person aufgefischt zu werden. Trotz dieses der Zweckbestimmung entsprechenden Verhältnisses hat keine Person die „thatsächliche Gewalt" über die treibenden Bojen. Entsprechendes gilt von treibenden Flaschenposten. Auch die von einer schweren Küstenbatterie beim Scharfschießen verfeuerten „Fehlgänger" oder „Blindgänger" befinden sich in einer ähnlichen Lage wie die Bojen Andrés; die Batterieleitung ist sich wohl bewußt, daß ein gewisser Prozentsatz der abgegebenen Schüsse in die erwähnte Klasse zu fallen pflegt, und man wird daher zugeben müssen, daß auch ein Fehlgänger — die einzelne verirrte, aber noch unversehrte Granate — sich in einem thatsächlichen Verhältnis zur Batterieleitung befindet, die ihrer Zweckbestimmung entspricht. Aber selbst der Militärgewalt ist hier die „thatsächliche Gewalt" verloren gegangen.

Aus den vorstehenden Beispielen ergiebt sich noch ein weiteres: Auch der Umstand, daß sich eine gewisse Sache für dritte erkennbar in einem gewissen ihrem wirtschaftlichen Zweck entsprechenden Zustande befindet, erhält die „thatsächliche Gewalt" dann nicht, wenn sich das Machtverhältnis der Person zur Sache allzuweit von dem ursprünglichen physischen Machtbegriff entfernt. Dem Finder der André'schen Bojen und der verirrten Geschosse gegenüber bleiben diese Sachen „Fundsachen", auch wenn er die näheren Umstände kennt.

§ 3.

Das Willensmoment.

Sowohl bezüglich des Besitzers wie des Besitzdieners verlangt das BGB. keinerlei Willen, sondern nur die thatsächliche Gewalt. Damit ist nun noch nicht gesagt, daß ein solcher als überflüssig erkannt sei, da es ja frei bleibt, ob nicht zum Begriff der thatsächlichen Gewalt der Person über die Sache das Vorliegen eines entsprechenden Willens der Person erforderlich ist.

Forderten bereits die Motive (III. S. 81) für die „Inhabung" des ersten Entwurfs keinen Inhabungswillen, so gingen die Protokolle (S. 3336) für die „thatsächliche Gewalt" gleichfalls davon aus, daß die Herstellung derselben auch ohne einen darauf gerichteten Willen möglich sei.

Dem hat sich die herrschende Lehre sehr überwiegend angeschlossen.[14] Dies ist auf den ersten Blick verwunderlich;

14) Allerdings mit den verschiedensten Begründungen. Eine Zusammenstellung giebt Raape, Besitzerwerb ohne Besitzwille S. 35 ff, vgl. auch Matthiaß § 3 II a 1 S. 9 u. 10; Windscheid-Kipp zu § 148—155 sub e S. 691.

die abweichende Meinung Gierkes,[15] daß man thatsächliche Gewalt „erlangen“ und „aufgeben“ nur durch ein mit Willensinhalt erfülltes Handeln könne, erscheint sehr wohl vertretbar zu sein. Fordert nicht die „Erlangung“[16] der thatsächlichen Gewalt einen entsprechenden Willen? Wer willenlos ist, (z. B. ein Toter) ist doch unfähig zu „herrschen“. Verhält sich nicht eine Person, welche die thatsächliche Gewalt über eine Sache garnicht ausüben will, der Sache gegenüber ebenso passiv wie ein Toter? Wenn beide zufällig räumlich mit ihrem Leibe eine Sache decken, d. h. den Zugriff anderer rein mechanisch absperren, nennen wir dieses Verhältnis dann „thatsächliche Gewalt“? Hier hilft uns nur die Erwägung, daß die „thatsächliche Gewalt“ des Gesetzes ein sozialer Gewaltbegriff ist, ein Begriff, der dasjenige thatsächliche Gewaltverhältnis der Person über die Sache wiedergiebt, welches von der Verkehrsanschauung für genügend erachtet wird, um ihn Respekt angedeihen zu lassen. Die Verkehrsanschauung respektiert aber schon manches thatsächliche Verhältnis einer Person zu einer Sache, welches unter Abstraktion von ihr eine „Herrschaft“ der Person über die Sache nicht enthält. So genügt nach der Verkehrsanschauung das Vorhandensein eines sehr engen räumlichen Verhältnisses nicht nur bei Fehlen eines entsprechenden Willens, sondern selbst dann zur Herstellung der

15) Gierke, die Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 4 Note 4.

16) Das Gesetz spricht von „Erlangung“ der thatsächlichen Gewalt. Mit Recht meint Bekker (Jherings Jahrb. Bd. 34 S. 33 Note 8) man könne nur „erlangen“, wonach man „gelangt“, „erwerben“ worum man „geworben“ hat. Vgl. auch Jhering in seinen Jahrbüchern Bd. 32 S. 76 u. 77.

„thatsächlichen Gewalt", wenn bei der Person nicht einmal Kenntnis von diesem Verhältnis vorhanden ist. Beispielsweise erscheint dem Gemeinbewußtsein aus einem gewissen Territorialitätsprinzip[17] alles das, was eine Person in den Taschen ihrer Kleidung mit sich herumträgt, als „im Besitz", also in der „thatsächlichen Gewalt" der Person befindlich, ohne Rücksicht darauf, ob die Person von dem Inhalt der Taschen Kenntnis hat oder nicht. Der zerstreute Gelehrte hat die „thatsächliche Gewalt" über das ihm von seiner Gattin heimlich in den Überrock gesteckte Frühstück nicht erst dann, wenn ihm die Entdeckung gelungen ist. Uns bleibt die thatsächtiche Gewalt über das versehentlich mit in den Geldschrank eingeschlossene Buch, auch wenn wir es in einem fremden Park verloren zu haben glauben. Dagegen wird der Wille, die thatsächliche Gewalt über eine Sache ausüben, bezw. die Kenntnis von dem räumlichen Verhältnis der Sache zur Person dann relevant, wenn das räumliche Verhältnis weiter wird. Das bei einem Spaziergang in einem fremden Park neben uns auf die Bank gelegte Buch bleibt in unserer thatsächlichen Gewalt, auch wenn wir es absichtlich für einige Minuten dort liegen lassen und uns auf und ab gehend einige 20 Schritte entfernen, dagegen ist es unserer thatsächlichen Gewalt entzogen, wenn wir trotz unmittelbarer räumlicher Nähe uns des Letzteren nicht bewußt sind, etwa wenn wir, während wir uns auf der Bank im Park, hinter die das Buch unbemerkt gefallen ist, ausruhen und nicht weiter an die Existenz des

17) Vgl. das Überfallsrecht des § 911 BGB.

Buches denken, bezw. vergeblich darüber nachsinnen, wo wir mit dem Buche geblieben sein können.

Es würde zu weit führen, auf die in der Litteratur behandelte umfangreiche Kasuistik näher einzugehen. Es genügt entwickelt zu haben, daß die für den (Besitzer und) Besitzdiener notwendige thatsächliche Gewalt begrifflich des entsprechenden Willens bezw. Wissens der Person nicht unbedingt, wohl aber eventuell bedarf. So würden wir dem Hausdiener eines Gasthofs die thatsächliche Gewalt auch über das Gepäckstück zusprechen, das ihm ein Reisender kurz vor Abgang des Transports zum Bahnhof in seiner Abwesenheit und ohne sein Wissen zu dem großen Haufen auf die Gepäckkarre zur Beförderung gelegt hat, vorausgesetzt natürlich, daß die übrige Gepäckladung in der thatsächlichen Gewalt des Hausdieners steht.

§ 4.

Das Moment der Geschäftsfähigkeit.

Es ist nur eine Folge des im Vorstehenden dargelegten, wonach ein entsprechender Wille keine notwendige begriffliche Voraussetzung der thatsächlichen Gewalt ist, daß (sowohl der Besitzer wie) der Besitzdiener einen rechtlich erheblichen Willen nicht zu haben braucht.

Zweifellos ist dieses zunächst in den Fällen, in denen bereits das Vorhandensein eines räumlichen Verhältnisses der Person die thatsächliche Gewalt giebt. Hier können Kinder unter 7 Jahren, Wahnsinnige, Bewußtlose, kurz alle Personen ohne rechtserheblichen Willen sehr wohl die thatsächliche Gewalt ausüben.

Sind sie aus diesem Grunde besitzfähig,[18] so sind sie auch geeignet, Besitzdiener zu sein. Der sechsjährige Knabe des herrschaftlichen Kutschers ist Besitzdiener der Reitpeitsche, die er dem ausreitenden Dienstherrn auf das Pferd reicht, der harmlose Irre, der im Garten der Anstalt mit Gartenarbeiten beschäftigt wird, Besitzdiener der anvertrauten Gartengeräte, der betrunkene Kutscher bleibt Besitzdiener der Livré, in der er berauscht eingeschlafen ist.

Wo sich aber die thatsächliche Gewalt noch nicht aus dem räumlichen Verhältnis ergiebt und deshalb das Hinzukommen eines entsprechenden Willens erforderlich ist, stellt dieser Wille lediglich ein Moment der Macht (ein thatsächliches Moment) dar, und es ist aus diesem Grunde nicht erforderlich, daß er im Sinne einer rechtserheblichen Willenserklärung von Wirksamkeit ist. So genügt der Wille eines sechsjährigen Gänsejungen, der die auf der Wiese frei weidenden Gänse hütet oder sie auf der Landstraße nach Hause treibt, um die thatsächliche Gewalt herzustellen (wirft er auf der Landstraße die Gerte weg und entfernt sich mit der Dorfjugend, um zu spielen, ist sie wieder aufgehoben). Der Irre, der trotz räumlicher Entfernung darauf achtet, daß die ihm anvertrauten Gartengeräte nicht von Vorübergehenden gestohlen werden, ist vermöge seines entsprechenden Willens Inhaber der thatsächlichen Gewalt.[19] Auch der betrunkene Kutscher bleibt noch, nachdem bereits seine

18) Vgl. Matthiaß § 3 Note 1 auf S 10 und die dort Citierten; Windscheid-Kipp zu §§ 148—155 sub f S. 692.

19) Strohal giebt auf S. 76 einen etwas komplizierten Fall, in dem dieselbe Willenserklärung eines entmündigten Irren (Lieferungsauftrag) trotz ihrer rechtsgeschäftlichen Irrelevanz Besitz giebt.

civil- und strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit erloschen ist, solange Inhaber der thatsächlichen Gewalt über sein vor der Wirtschaft haltendes Gefährt, als er noch im Besitz der Herrschaft über seine Glieder ist und sein Gefährt vom Gastzimmer aus zu beobachten vermag und beobachtet.

In allen diesen Fällen ist der an sich rechtlich nicht erhebliche Wille der Person als ein thatsächliches (thatsächliche Herrschaft gebendes) Moment von Bedeutung. Damit ist ihm auch seine Grenze gesetzt. Ist der Wille nach den Umständen nicht geeignet, „Herrschaft" über die Sache zu geben, so bleibt er ohne Bedeutung. Stellt man den fünfjährigen Knaben mit seiner Gerte bei eine große, mit ihren Stieren frei weidende Viehherde, so mag dies zweckmäßiger sein, als wenn letztere sich ganz überlassen bliebe; denn der Knabe kann melden, wenn sich irgend etwas außerordentliches ereignet. Als Besitzdiener kann man den Knaben aber hier nicht ansehen, denn er kann sich trotz bester Vorsätze nach Lage der Sache nicht das erforderliche thatsächliche Gewaltverhältnis zur Herde verschaffen, wie es ihm bei seinen Gänsen möglich war.

§ 5.

4. Das Abhängigkeitsverhältnis.

Als Unterscheidungsmerkmal des Besitzdieners vom Besitzer ergiebt sich nach dem Wortlaut des § 855 auf den ersten Blick das Moment der Abhängigkeit; der Besitzdiener übt die thatsächliche Gewalt aus „für einen Anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder

in einem ähnlichen Verhältnis, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen Folge zu leisten hat." Es fragt sich sogleich, worin der Unterschied besteht zwischen dieser Abhängigkeit des Besitzdieners („nicht Besitzers") und derjenigen des Besitzmittlers („Besitzers") nach § 868 BGB., der eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwalter oder in einem ähnlichen Verhältnisse besitzt", vermöge dessen er einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist."

Um das Abhängigkeitsverhältnis des Besitzdieners zu charakterisieren, geht das Gesetz aus von den Fällen des täglichen Lebens: das Dienstmädchen, das „im Haushalt" den zum Hausgerät der Herrschaft gehörigen Besen führt, der Ladengehülfe, der hinter dem Tresen die dem Geschäftsherren gehörigen Waren feilhält, fallen darnach zunächst in die Klasse der Besitzdiener. Dem Haushalt und Erwerbsgeschäft werden „ähnliche" Verhältnisse gleichgestellt. Das tertium comparationis liegt in dem Abhängigkeitsverhältnis und dieses hat darin sein Charakteristikum, daß es absolut ist; die Hausfrau nimmt dem Dienstmädchen ohne Rücksicht auf deren Willen den Besen aus der Hand, der Ladeninhaber nimmt in gleicher Weise in der Verfügung über seine Waren keine Rücksicht darauf, ob der Ladengehülfe mit einem Stück gerade etwas anderes beabsichtigt und es in der geschlossenen Hand hält. Physischer Widerstand darf mit physischer Gewalt beseitigt werden, denn es handelt sich hier um „ein Verhältnis thatsächlicher Unterordnung des Inhabers unter den Besitzherrn von solcher Beschaffenheit, daß, wofern der

Inhaber den Weisungen des Besitzherrn nicht Folge leistet, dieser nach der Auffassung des täglichen Lebens selbsthandelnd eingreifen darf, um seinen Willen durchzusetzen."[20]

Anders die nach § 868 gegebene Abhängigkeit Diese ist nicht thatsächlicher, sondern rein obligatorischer Natur. Selbst wo sie im übrigen an Umfang hinter der ersteren nicht zurückbleibt, z. B. in Fällen, wo kraft besonderer Stipulation oder kraft Gesetzes (z. B. bei der Verwahrung) eine Verpflichtung des unmittelbaren Inhabers der Gewalt dahin besteht, allen auf die Sache sich beziehenden Weisungen des mittelbaren Besitzers nachzukommen, bleibt diese Abhängigkeit eine rein obligatorische. Eine Verletzung der Verpflichtung begründet nur ein Klag-, nicht ein Selbsthülferecht des Verletzten.

War schon bei Bestimmung des Begriffes der „thatsächlichen Gewalt" als sozialen Gewaltbegriffs die Verkehrsanschauung von maßgebender Bedeutung und mußte es der letzteren überlassen bleiben, zu bestimmen, ob im konkreten Fall „thatsächliche Gewalt" als vorliegend anzunehmen sei oder nicht, so gilt dies im gleichen Maße von dem jetzt behandelten Abhängigkeitsverhältnis.[21]

Es ist ein unvermeidlicher Nachteil einer auf die Verkehrsanschauung Bezug nehmenden gesetzlichen Bestimmung (der Nachteil wird aber bei weitem durch

20) So zutreffend Strohal S. 9; ihm schließen sich an Biermann Note 1 zu § 855 S. 6; Wendt S. 64 ff. u. A.

21) Vgl. Planck § 855 Note 2 S. 37 im Anschluß an Strohal S. 11.

die erreichten Vorteile ausgeglichen), daß es stets Fälle geben wird, in denen ein Streit über den Inhalt der Verkehrsanschauung möglich ist. Dies berechtigt aber nicht zur Aufstellung einschränkender Klauseln, wie es auch im vorliegenden Fall geschehen ist. So hat sich die Litteratur[22] mit Recht ablehnend gegen den Versuch Bekkers[23] gewandt, den Schwerpunkt in der Begriffsbestimmung von dem thatsächlichen Abhängigkeitsverhältnis dahin zu verlegen, daß der Besitzdiener den Weisungen des Besitzers „sofort" Folge leisten müßte. Ist die Aufstellung dieses Begriffmerkmals willkürlich, so ist das Merkmal selbst nichtssagend und wertlos; denn was gefordert werden kann, kann ohne weiteres „sofort" gefordert werden, während andrerseits Depositare und Mandatare, obwohl sie Weisungen (auch „sofort") folgen müssen, doch nicht Besitzdiener sind. Aus welchen Gründen sodann Dernburg (cf. § 14, 2. S. 48) das Erfordernis der äußerlichen Erkennbarkeit des Abhängigkeitsverhältnisses aufzustellen sich berechtigt hält und welche Zwecke er damit verfolgt, ist nicht ersichtlich. Will man gleichsam einen Probierstein zur Prüfung der Besitzdienerqualität gewinnen, so erscheint die von Strohal gestellte Frage: Darf der Besitzer nach der Verkehrsauffassung ohne weiteres den Inhaber der thatsächlichen Gewalt eigenmächtig entsetzen oder nicht? durchaus geeignet und auch genügend. Zudem deckt sie auch ein weiteres Charakteristikum der Besitzdienstschaft,

22) Vgl. Wendt S. 65; Matthiaß § 2 I Note 2 S. 5; Biermann § 868 Note 2 S. 19 und § 855 Note 1 S. 6; ebenso Gaertner S. 141; Kappler S. 60 ff.

23) Bekker S. 46.

nämlich die Thatsächlichkeit des Abhängigkeitsverhältnisses, von der im Folgenden noch einiges zu sagen sein wird. Das von anderen Autoren[24] aufgestellte Kriterium, ob der Person, welche für den Anderen die thatsächliche Gewalt ausübt, ein civilrechtlicher Anspruch auf Behalten des Besitzes, insbesondere auch ein Retentionsrecht zuzusprechen sei, entspricht inhaltlich dem ersteren ohne jedoch seine Anschaulichkeit zu besitzen.

Halten wir das tertium comparationis, welches in der Fassung des Gesetzes die Fälle des Haushalts und Erwerbsgeschäfts mit „ähnlichen Verhältnissen" verbindet, in dem oben entwickelten Sinne fest, so ergiebt sich, da ohne weiteres die Thatsache, daß nach der Verkehrsanschauung der „Besitzer" dem Dritten, der die thatsächliche Gewalt über die Sache ausübt, diese Gewalt in gleicher Weise wegnehmen darf, wie dies im Haushalt und Erwerbsgeschäft den abhängigen Personen gegenüber freisteht, die Qualität des Besitzdieners begründet, noch folgendes.

a) Es kann nicht darauf ankommen, ob ein generelles Abhängigkeitsverhältnis vorliegt. Es wird auch nicht gefordert, daß eine momentane persönliche Abhängigkeit zwischen den Personen besteht. Nur bezüglich der einzelnen konkreten Sache muß das Verhältnis in der geschilderten Weise vorliegen. Damit ist also auch der Gast des Hauses bezüglich des Weinglases, aus dem er getrunken hat, Besitzdiener. Er hält es zwischen den Fingern und übt also die thatsächliche

24) Heidlen zu § 855 S. 24; Gaertner S. 141 Note 4, S. 142 Note 1.

Gewalt über das Glas aus. Doch kann ihm der Hausherr, ohne eine Rechtswidrigkeit zu begehen, jederzeit das Glas aus den Händen nehmen. Die Anschauung des täglichen Lebens giebt hier dem Gast eines Privathauses keine bessere Stellung als den Dienstboten. Der Reisende, der sich von einem Mitreisenden für einen Augenblick ein Kursbuch, der Theaterbesucher, der sich in gleicher Weise von seinem Nachbarn ein Opernglas leiht, steht dem vorbenannten Gaste gleich.

b) Ist ein kontraktliches Verhältnis nicht genügend, um Besitzdienstschaft zu begründen, so bedarf es andererseits überhaupt keines Rechtsverhältnisses. Das Verhältnis kann rein thatsächlich sein.[25] Letzteres ergiebt übrigens schon die Erwägung, daß Kinder unter 7 Jahren oder wegen Geisteskrankheit Entmündigte, wie oben unter § 3 näher ausgeführt, selbständig Besitzdiener werden können.

c) Auf den Willen des Besitzdieners „für einen Anderen" (alieno nomine) zu besitzen, kann es nur in soweit ankommen, als dieser Wille auf den Zustand der thatsächlichen Gewalt, der objektiven Machtverteilung, von Einfluß ist, (cf. oben § 2). Der gesetzliche Ausdruck „für einen Anderen" enthält also nicht etwa ein subjektives Moment des Willens, sondern lediglich die Wiedergabe des rein thatsächlichen Umstandes, daß die thatsächliche Herrschaft des Besitzdieners eine Erscheinungsform, ein Ausfluß des Abhängigkeitsverhältnisses ist[26]. Wer die Gewalt in einem Verhältniß der bezeichneten Art ausübt,

25) Vgl. Matthiaß 2 I S. 5; Planck Note 2 zu § 855 S. 37; Strohal S. 9 ff.; Leonhard S. 77, 79; abweichend Gaertner S. 141.

26) Vgl. Biermann Note 1 zu § 855 S. 6.

übt gleichsam nicht eine ihm selbstzustehende Gewalt, sondern die Gewalt eines Anderen aus[27]. Es genügt also grundsätzlich der ursächliche Zusammenhang zwischen der thatsächlichen Gewalt des Abhängigen und dem Abhängigkeitsverhältnis, um den Besitzherrn[28] Besitz zu geben. So erwirbt der Prokurist, der einen an den Prinzipal gerichteten Brief in Empfang nimmt, diesem den Besitz[29], auf seinen Willen kommt es nicht an, denn auch für ihn gilt der Satz: nemo sibi causam possessionis mutare potest[30]. Doch kann ein abweichender Wille des Besitzdieners das Verhältnis nach § 855 dadurch zerstören, daß er die thatsächliche Gewalt des Besitzers zerstört. Wenn also der Prokurist den an seinen Chef adressirten Geldbrief sich rechtswidrig zueignen will und ihn deshalb mit in seine Privatwohnung nimmt, so ist der Besitz für den Chef verloren gegangen. Naturgemäß wird zur Aufhebung der thatsächlichen Gewalt des „Besitzers" in der Regel nicht schon der abweichende Wille genügen, sondern dessen Bethätigung (durch Verschleppen, Verstecken u. s. w.) erforderlich sein, doch sind immerhin Fälle denkbar, wo infolge eines sehr lockeren Abhängigkeitsverhältnisses der innere Wille ausschlaggebend ist[31]. So in dem von Strohal[32] angeführten Fall, in dem ein im Walde beschäftigter Holzarbeiter, (vielleicht sagen wir

27) Planck Note 2 zu § 855 S. 37.

28) Auf den Willen des Besitzherrn kann es schon nach den Ausführungen des § 3 nicht ankommen, weil seine „thatsächliche Gewalt" kein Wissen oder Willen erfordert.

29) Seufferts Arch. Bd. 42 Nr. 283; vgl. Biermann Note 2 zu § 855 S. 386.

30) Vgl. Windscheid-Kipp zu §§ 148—155 sub h S. 693.

31) Die Bethätigung fordert stets Planck Note 3 zu § 856 S. 38.

32) Strohal, S. 69 Abs. 2.

besser: ein Waldhüter) ein von den Jagdberechtigten erlegtes, nach beendeter Jagd vergeblich gesuchtes Stück Wild findet und es zur Sicherung vor fremdem Zugriff zunächst in eine Höhle schafft. Hier bedeutet der innere Wille des Finders alles. Hat er dem Jagdherrn das Stück sichern wollen, so ist er Besitzdiener, während er bei abweichendem eigennützigen Willen Besitzer ist[33].

§ 6.
Gegenstand der Besitzdienstschaft.

Das BGB. kennt grundsätzlich nur den Besitz an Sachen, d. h. körperlichen Gegenständen, soweit nach der Verkehrsanschauung die „thatsächliche Gewalt" über sie erlangt werden kann[34]. Darnach muß es der Verkehrsanschauung überlassen bleiben, ob an einem Teile einer Sache oder an einer Sache, die mit einer anderen verbunden ist, ein besonderer Besitz bestehen kann[35]. Der

33) Unzutreffend ist wohl das Beispiel Cosacks § 185 S. 67: A, die Zofe der B, benutzt die ihr von letzterer gegebene Nähmaschine für ihre Privatarbeiten. Die B verbietet es ihr. Nach Cosack ist die A „Inhaberin" (Besitzdienerin), wenn sie nachgiebt, aber Besitzerin, wenn sie den Privatgebrauch fortsetzt. Liegt etwa in dem rechtswidrigen Gebrauch irgend wie eine Absicht der Zofe, die thatsächliche Gewalt der Herrin zu entfremden, oder wird in anderer Weise die thatsächliche Gewalt der Herrin vernichtet? Natürlich kann zu Zwecken rechtswidrigen Gebrauchs die thatsächliche Gewalt des Besitzers vom Besitzdiener vernichtet werden, doch ist es unrichtig, in einem rechtswidrigen Gebrauch ohne weiteres eine derartige Vernichtung bezw. selbständige Besitzergreifung zu sehen. Nach Cosack wird der Bediente ohne weiteres Besitzer, wenn er gegen die Befehle seines Herrn das Pferd nach Hause reitet, anstatt es nach Hause zu führen, oder das Sopha, das ihm zum Ausklopfen überantwortet ist, zunächst zum Mittagsschlaf benutzt.

34) Vgl. Planck Anm. 3b zu § 854.

35) cf. Planck l. c. sowie die dort Citierten.

Besitzdiener ist vom Besitzer nur durch sein Abhängigkeitsverhältnis unterschieden und es können daher Gegenstand der Besitzdienstschaft alle die Gegenstände — aber auch nur die — sein, welche Besitz erfaßt werden können.

Hiernach müssen Gegenstand der Besitzdienstschaft auch die vom BGB. ausnahmsweise dem Besitze freigegebenen Rechte sein können[36]. Es sind dies nach § 1029 und 1090 die im Grundbuch eingetragenen Grunddienstarbeiten und beschränkten persönlichen Dienstarbeiten[37].

§ 7.

Der Umfang der Besitzdienstschaft.

Es liegt in der Natur der Sache, daß die Besitzdienstschaft nur diejenigen vom Besitzdiener in thatsächlicher Gewalt gehaltenen Sachen umfaßt, welche in das Abhängigkeitsverhältnis fallen[38]. So ist der Dienstbote im Besitze seiner eigenen Kleidung. Nicht selten werden auch die Fälle sein, in denen ein in genereller Abhängigkeit stehender Besitzdiener bezüglich einer ihm gleichfalls vom Besitzherrn überlieferten Sache Besitzer (Besitzmittler z. B. Verwahrer oder Verwalter) ist. Mann nehme den Fall, daß jemand seiner ihm den Haushalt führenden Schwester

---

36) Ob ein Besitzverhältnis an den Rechten angenommen wird oder ob das Gesetz nur den Besitzschutz analog anwendet, bleibt zweifelhaft, cf. Planck Note 4 zu § 853 S. 30.

37) Für die Übergangszeit giebt Art. 191 EG. detaillierte Bestimmungen. Die den Landgesetzen vorbehaltenen Gebiete (Jagd und Fischereirechte ꝛc.) können auch in Zukunft Rechtsbesitz statuieren cf. Planck wie oben.

38) cf. Matthiaß § 2 I S. 6; Planck Note 2 letzterer Absatz zu § 855 S. 37.

bestimmte Wertpapiere mit der Bestimmung giebt, sie zu verwalten, d. h. auf der Bank ein Tresorfach zu mieten und sie daselbst hineinzulegen, die Schlüssel des Faches aufzuheben, die Koupons rechtzeitig abzulösen, die fälligen Zinsen zu belegen ꝛc, weil er selbst häufig verreist ist oder sich aus einem anderen Grunde mit der Verwaltung der Papiere nicht beschäftigen will. Sicherlich ist die Schwester bezüglich aller von ihr im Haushalt thatsächlich beherrschten Gegenstände nur Besitzdienerin und bleibt es auch dann, wenn ihr Bruder einmal nicht anwesend sein sollte. Die Verwaltung der Wertpapiere führt sie aber unabhängig von ihrem Abhängigkeitsverhältnis als Haushälterin; letzteres ist für ihre thatsächliche Gewalt über der Papiere nicht causal, und hindert daher auch nicht, daß sie wie ein verwaltender Bankier Besitz (Verwaltungsbesitz) an den Wertpapieren erhält.[39]

Excurs zu §§ 1—7.

Das Verhältnis des Besitzdieners zum Detentor des römischen Rechts.

Das römische Recht teilte die Machtverhältnisse der Person über die Sache ein in juristischen Besitz und

39) cf. den Fall der E. des Kammergerichts vom 8. Januar 1901 (bei Mugdan und Falkmann, die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Bd. II Nr. 86 S. 149).

Ein ähnliches Beispiel der unter Umständen auftauchenden Zweifel citiert Bekker (S. 44 Note 10) aus dem Thatbestand einer RGE (Bolze XII Nr. 30); der Ehemann behält die Stücke (Wertpapiere) im Bett, übergiebt aber Talons und Koupons der Ehefrau zum Verschluß in ihrem in der gemeinschaftlichen Wohnung befindlichen Sekretär. Wird die Frau Besitzdienerin, Besitzmittlerin, Eigenbesitzerin?

Detention In beiden Fällen übte die Person die thatsächliche Gewalt über die Sache aus, aber nur im ersten Fall trat die Rechtsordnung für die Integrität dieses Machtverhältnisses durch Gewährung der possessorischen Interdikte ein. Die praktische Bedeutung der Unterscheidung besteht somit sowohl im römischen Recht wie im BGB. in der Gewährung oder Versagung des Besitzschutzes. Die Unterscheidung selbst differiert jedoch in beiden Rechten erheblich. Im römischen Rechte galten als Besitzer zunächst der mit dem animus domini versehene s. g. Eigentumsbesitzer (unter den folgerichtig auch der Dieb und Räuber fiel), dann aber auch der Precarist, der Emphyteuta, der Superficiar, der Pfandgläubiger und der Sequester. Detentoren waren alle übrigen Inhaber thatsächlicher Gewalt, wie der Sklave, Mandatar, Depositar, Mieter, Pächter, Nießbraucher. Dies war positives Recht Die Bemühungen der Doktrin, die vorhandene Unterscheidung aus dem Begriffe des Besitzes heraus zu konstruieren, hatten ein wenig befriedigendes Resultat. Wir haben es eben hier mit einer Unterscheidung zu thun, die weniger die Folgerung begrifflicher Deduktion als vielmehr das Ergebnis der wirtschaftlichen und socialen Entwicklung war, wie dies auch in Hinsicht auf die soziale Natur des im „Besitz" zu Geltung gelangenden Gewaltbegriffes nicht erstaunlich erscheint. Trotz des erheblich differierenden Endergebnisses lag der römischen Detention wohl dieselbe Vorstellung zu Grunde, wie sie den Grundstein der heutigen Besitzdienstschaft bildet, nämlich die Vorstellung, daß eine Person in einem derartigen Abhängigkeitsverhältnis zu einer anderen Person stehen kann, daß sie

ihre Persönlichkeit verliert und nur als longa manus der letzteren erscheint. Nach Jhering (Besitzwille) war das römische Haus die Heimat des Detentionsverhältnisses. Die Patriarchalische Anschauung gab dem Hausherrn nicht nur an den Sklaven sondern auch an den Hauskindern Besitz. Die Macht des Hausherrn über die seiner Gewalt unterworfenen Personen ließ die Fälle, in denen letztere die thatsächliche Gewalt über eine Sache ausübten, völlig analog den Fällen erscheinen, in denen ein Haustier für seinen Herrn thätig war z. B. ein Saumtier Waren trug, ein Hund einen Gegenstand apportierte. Alle diese Lebewesen waren nur eine longa manus des Hausherrn. Der Mieter zwang dann seine schlechte soziale Stellung in eine gleiche Lage, während dem der besitzenden Klasse angehörenden Pfandgläubiger, obwohl auch er eine fremde Sache vorübergehend besaß, der Besitz deshalb zugesprochen wurde, weil dies für den Pfandgläubiger nützlich war und das Recht dem Stärkeren folgte. Der Gegenwart, in der die Mieter keineswegs nur von der wirtschaftlich schwachen Klasse gestellt werden und in der zudem auch die wirtschaftlich schwache Klasse politisch einen starken Machtfaktor bildet, erscheint die römische Unterscheidung unverständlich. Dem alten Rom mag sie so selbstverständlich gewesen sein, wie der Gegenwart der Satz, daß dem Gesinde kein Besitz an dem Eigentum der Herrschaft zusteht; es steht dahin, ob nicht in der Zukunft das Gesinde den Hausstand einmal in ähnlicher Weise wie der Banquier die übergebenen Wertpapiere verwalten wird und ein direkter Eingriff des Eigentümers verbotene Eigenmacht darstellt. Das BGB. hat

das Gebiet des Besitzes gegenüber dem römischen Recht nicht nur voll aufrecht erhalten, sondern es noch um zahlreiche Fälle der alten Detention vermehrt. Dies entspricht der sozialen Entwickelung, die eine mögliche Gleichstellung sämtlicher Individuen erstrebt.

II. Kapitel.

Die nähere Bestimmung in einzelnen Fällen.

Die Fälle der Besitzdienstschaft kann man einteilen[40] in solche, in denen der Besitzdiener die Gewalt für den Anderen ausübt und in solche, in denen der Besitzdiener die Sache für[41] sich innehat und sich das Abhängigkeitsverhältnis teils aus der ganz vorübergehenden, teils aus der nur beschränkten Einräumung der thatsächlichen Gewalt durch den Besitzer ergiebt. In die erste Klasse werden hauptsächlich die Fälle eines generellen Abhängigkeitsverhältnisses (Dienstboten etc.) fallen, in die zweite Klasse manche Erscheinungsformen des gesellschaftlichen Lebens (z. B. der mit Messer und Gabel hantierende Gast eines Privathauses), die sich meistens nur widerwillig einer Subsumtion unter bestimmte Rechtsinstitute fügen. Diese Einteilung schließt nicht aus, daß manche Personen beiden Klassen zugehören. So wird der Dienstbote, der bezüglich der Hausgeräte, in die erste Klasse zu reihen ist, auch der zweiten angehören können; übt er die thatsächliche Gewalt über die Hausgeräte „für die Herrschaft," so

40) Matthiaß, § 21 S. 6.

41) „Für" im Sinne des dativus commodi, nicht im Sinne von „an Stelle" (wie oben bei Erläuterung des gesetzlichen Textes). Im letzteren Sinne würde nach obigem stets Ausübung „für einen Anderen" vorliegen.

übt er sie bezüglich des Nachtlagers, des für den eigenen Gebrauch zugewiesenen Eßbestecks und anderer zum persönlichen Gebrauch bestimmter Gegenstände in gleicher Weise wie der Hausgast „für sich“ aus.

Wenn im Folgenden einige praktische Fälle besprochen werden, so verfolgt dieses, ohne den Anspruch auf erschöpfende Behandlung zu erheben, nur den Zweck, die in den vorangegangen Paragraphen entwickelte Begriffsbestimmung des Besitzdieners zu exemplifizieren; auch muß auf genauere als andeutungsweise Wiedergabe der bereits bestehenden zahlreichen Kontroversen in Rücksicht auf den Umfang der Abhandlung verzichtet werden.

§ 8.

I. Fälle des Haushalts.

Es handelt sich hier um die täglichen Fälle der Besitzdienstschaft, in denen das Gesinde die thatsächliche Gewalt für den Hausherrn ausübt. Da, wie oben entwickelt, der Kausalnexus zwischen dem Abhängigkeitsverhältnis und dem Erwerb der thatsächlichen Gewalt über die Sache durch den Besitzdiener genügt, um vermittels der Besitzdienstschaft dem Besitzherrn den Besitz zu verschaffen, so erwirbt z. B. die Köchin, die auf dem Markt nach freiem Ermessen Lebensmittel einkauft, ohne weiteres der Herrschaft Besitz. Auch Familienangehörige können im Haushalt Besitzdiener sein. So die Kinder bezüglich des Eigentums der Eltern. Der eine Ehegatte bezüglich des seiner Verwaltung nicht unterliegenden Gutes des anderen Ehegatten. Kinder sind bezüglich der ihnen von ihren

Eltern überlassenen Kleider, Spielgeräte ꝛc. Besitzer. Die trotzdem bestehende elterliche Verfügungsgewalt entspringt einem völlig anderen Rechtsgrund, nämlich der elterlichen Gewalt.

Wie ist es mit dem Hauswart oder dem Kastellan eines Schlosses? Grundsätzlich sind sie wohl beide als Besitzdiener aufzufassen, doch können die begleitenden Umstände eine andere Auffassung notwendig machen. Man nehme den Fall, daß eine verreisende Herrschaft einen Kastellan mit der Bedingung anstellt, daß dieser die ordnungsmäßige Besorgung (Bewachung, regelmäßige Lüftung ꝛc.) des Hauses auf bestimmte Zeit übernimmt und dagegen bestimmte Räume als Wohnung unentgeltlich für sich und seine Familie überwiesen bekommt. Wegen der als Wohnung überlassenen Räume ist der Kastellan u. E.[42] wie ein Mieter als Besitzer zu betrachten. Zwischen ihm und der Herrschaft liegt ein Dienstvertrag vor, durch den er für seine in der Bewachung bestehende Leistung als Gegenleistung den Mietwert der Wohnung erhält, der also einen Mietvertrag in sich schließt. Ist der Kastellan bezüglich der übrigen Räume Besitzer oder Besitzdiener? Wenn uns unsere Kenntnis der Anschauung des täglichen Lebens nicht täuscht, wird er der bei Nacht zurückkehrenden Herrschaft[43] den Eintritt in jene Räume mit Verweisung auf den Civilklageweg nicht mit Erfolg

42) Anderer Ansicht Kniep S. 37.

43) Ist der Castellan als Besitzer anzusehen, so sind gegen ihn (als Besitzmittler) der Herrschaft (als mittelbare Besitzerin) Besitzschutzmittel nicht gegeben; vgl. Denkschrift S. 175; Planck § 869 Note 2 S. 60; Biermann Note 3 zu § 869 S. 21; Strohal S. 122; Wendt S. 51 ff.; Anderer Meinung Gierke S. 7; Bekker S. 69; Fischer-Henle Note 6 zu § 869 S. 366.

verwehren können und mit einer Strafanzeige wegen Nötigung und Hausfriedensbruch nicht durchdringen, wenn die Herrschaft sich mit Gewalt die Rückkehr in jene Räume erzwungen hätte. Tritt uns hier der Kastellan als Besitzdiener entgegen, so möchten wir ihm andrerseits die Stellung eines Verwaltungsbesitzers (vgl. unten) zusprechen und ihm die Besitzklage geben, wenn er aus jenen Räumen durch einen Dritten mit Gewalt vertrieben und zur Selbsthülfe infolge physischer Überlegenheit des Dritten nicht im Stande, gleichzeitig aber eine Benachrichtigung der Herrschaft mangels Kenntnis ihres Aufenthaltsorts nicht möglich wäre. Hier ist u. E. ein Ausweg nur dahin möglich, daß man Besitz (Verwaltungsbesitz) des Kastellans für die Zeit annimmt, in der die Herrschaft an Ausübung ihres Besitzes verhindert ist und ferner sagt, das dieser Besitz mit dem Augenblick erlischt und sich in die thatsächliche Gewalt eines Besitzdieners umwandelt, in der die Herrschaft ihren Besitz selbst wieder auszuüben vermag. Es ist zuzugeben, daß eine derartige Konstruktion zunächst etwas künstliches hat, sie ist jedoch nicht so willkürlich, als es auf den ersten Blick scheinen möchte. Besitz und Besitzdienstschaft unterscheidet sich ja nur durch das Moment der Selbstständigkeit. Es ist nun sehr wohl möglich, daß zwei Personen bezüglich einer Sache in einem derartigen thatsächlichen Verhältnis zu einander stehen, daß die eine Person nur in Abwesenheit der anderen Person die thatsächliche Gewalt über die Sache *selbständig* ausübt. Es ist oben ausgeführt, daß das Moment der Selbständigkeit bestimmt wird von der Verkehrsanschauung und daß das Verhältnis zweier Personen zu einander im Punkt der

Abhängigkeit ein thatsächliches (von der Verkehrsanschauung bestimmtes) ist. Es ist sehr wohl denkbar, daß die Thatsache der Anwesenheit oder Abwesenheit der einen Person das Gewaltverhältnis der andern Person über die Sache im Punkte der Selbständigkeit der Ausübung einmal nach der bejahenden, das andere Mal nach der verneinenden Seite entscheidet; wie der Logik, so widerspricht es auch nicht der Verkehrsanschauung, daß der Eintritt der Anwesenheit der herrschenden Person einer abhängigen Person das bis dahin geringe Abhängigkeitsverhältnis derartig vergrößert, daß Unselbstständigkeit eintritt, wo Selbständigkeit da war, und daß andererseits der Wegfall der Anwesenheit der herrschenden Person das Abhängigkeitsverhältnis derartig geringer erscheinen läßt, das Selbständigkeit eintritt, wo Unselbständigkeit vorlag. Vorstehende Erwägung klärt uns über den scheinbaren Widerspruch in den erstrebten Entscheidungen der beiden bezüglich des Kastellans gegebenen Thatbestände auf. Der Kastellan ist eben einmal Besitzdiener, das andere Mal Besitzmittler. Da die in die Lehre vom Besitz fallenden Verhältnisse thatsächlicher Natur sind, so ist es erklärlich, daß das Hinzukommen oder Wegfallen eines thatsächlichen Machtfaktors (Anwesenheit des Besitzherrn) das aus den verschiedensten Machtfaktoren zusammengesetzte Produkt (welches das im konkreten Falle vorliegende Machtverhältnis darstellt) derartig beeinflußt, daß einmal Besitz, das andere Mal Besitzdienstschaft vorliegt.

Wir entschieden also unbewußt völlig richtig, wenn wir den Kastellan einmal der von der Reise zurückgekehrten Herrschaft gegenüber zum Besitz-

diener, das andere Mal bei Abwesenheit der Herrschaft dritten gegenüber zum Besitzer stempeln wollten; der hierin liegende Widerspruch war nur ein scheinbarer. Auch der Inhalt des zwischen Herrschaft und Kastellan bestehenden kontraktlichen Verhältnisses entspricht unserer Entscheidung. Nehmen wir den Kastellan von Schlössern regierender oder mediatisirter Fürstlichkeiten oder anderer Besitzer, so können wir ihn jedenfalls nicht ohne weiteres den Bedienten gleichstellen. Sein Verhältnis zur Herrschaft ist ein besonderes; von der jetzigen sozialen Entwicklung in den Hintergrund gedrängt, ist es gleichsam ein Überbleibsel des alten Feudalitätssystems (maior domus, Marschallämter des Mittelalters). Eine Erscheinung größerer Haushalte („Hofhaltungen") ist er Vertrauensperson und vertritt nach außen hin im Kreise seiner Funktionen seine Herrschaft selbständig wie ein Verwalter des jetzigen Rechtes. Dabei ist sein Verhältnis nach innen ohne Selbständigkeit und frei für jeden unmittelbaren Eingriff der Herrschaft in sein Thätigkeitsgebiet. Der Herrschaft gegenüber ist er gleichsam nur ein Werkzeug, eine longa manus. Für derartige Personen, die nach außen (wie Verwahrer) selbständige Vertreter sind und trotzdem nach innen keine Selbständigkeit genießen, besteht wohl ein gewisses Bedürfnis. Wenn z. B. jemand vor seiner Abreise in sein Haus einen Hausmeister einsetzt, so beabsichtigt er ein ähnliches Verhältnis zu begründen. In allen Fällen soll das Schloß, Gebäude oder Anwesen während der Abwesenheit seines Eigentümers nicht „schutzlos," nicht „unvertreten" sein. Der eingesetzte Kastellan oder Hausmeister bedarf aber, um das Immobile während der

Abwesenheit seines Eigentümers wirksam schützen („vertreten") zu können, des Besitzes „der ihm daher im Zweifel als von dem Eigentümer übertragen anzusehen ist. Andererseits will der Eigentümer nicht die Zügel aus der Hand geben. Nehmen wir den Fall, daß Jemand vor seiner Abreise einen Hausmeister in sein sonst unbewacht zurückbleibendes Haus einsetzt, so gehen Eigentümer wie Hausmeister davon aus, daß dem Eigentümer jederzeit selbständige Verfügung über das Haus freisteht. Hierin kann man den stillschweigenden Willen des Kontrahenten erblicken, daß die obenerwähnte Besitzübertragung auflösend bedingt stattfindet, wobei die auflösende Thatsache die Rückkehr, bezw. der selbständige Eingriff des Eigentümers darstellt. Da das thatsächliche Verhältnis des Besitzes ein soziales ist, so folgt infolge unserer sozialen Institutionen das thatsächliche Machtverhältnis dem Willen der Kontrahenten. Praktisch wird dann auch jeder Hausverwalter, wenn er bis dahin die Zügel noch so selbstherrlich als selbständiger Besitzer geführt hat, sich freiwillig in die Stellung eines Besitzdieners begeben, sobald die oben erwähnte auflösende Bedingung eintritt, wenn nämlich der Eigentümer des Hauses erscheint oder anderweitig direkt eingreift.[44]

§ 9.

Im Erwerbsgeschäft sind die Angestellten Besitzdiener auch wenn sie die fraglichen Sachen außerhalb der Geschäftsräume mit sich führen. So der Handlungs-

44) Bezüglich der ähnlichen Stellung des Prokuristen vgl. unten unter 2 (§ 9).

reisende bezüglich der mitgeführten Muster und Musterkoffer.[45] Auch der Prokurist ist Besitzdiener.[46] Wie bei Geschäftsreisenden und anderen Angestellten kann es hierbei nicht darauf ankommen, ob der Prinzipal am Orte ist und jederzeit eingreifen kann.[47] Doch kann der Fall eintreten, z. B. durch allzuweite örtliche Trennung, daß Geschäftsangestellte (Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte) die thatsächliche Gewalt selbständig ausüben und als Besitzer anzusehen sind. Ist der Chef des Geschäftes in Südafrika von den Engländern wegen Gemeinschaft mit den Buren zu mehrjähriger Freiheitsstrafe verurteilt und in Ceylon unter Ausschluß jeder Mitteilung nach Außen interniert, so wäre es ein Unding, ihm noch die selbständige thatsächliche Gewalt über seine in Thüringen befindlichen Kaufmannsgüter zuzusprechen. Der Angestellte, der sie unter sich hat, wird selbständig, weil das ihn zur Unselbständigkeit zwingende thatsächliche Moment, daß sein Chef im Stande war, durch briefliche Anordnung oder in anderer (sozial berücksichtigter) Weise auf das Geschick der Waren einwirken, in Wegfall gekommen ist. Diese einfache Thatsache verwandelt den Besitzdiener ohne sein Zuthun zum Besitzer. Er tritt in

45) Denkschrift zum HGB. S. 60; Planck Note 2 zu § 855 S. 36

46) Vgl. Biermann Anm. 2 zu 855 S. 6 und Seuffert's Archiv Bd. 42 Nr. 283. Bekker (S. 49) der mit Recht bemerkt, daß die Thatsache der Prokuraerteilung für die Entscheidung der Frage unwesentlich ist, schränkt wohl zu sehr ein, wenn er den Prokuristen nur dann als „Besitzdiener" gelten läßt, wenn er unter den Augen" des Prinzipals arbeitet. Scherer (S. 13 sub 2) will zu Unrecht dem Prokuristen deswegen stets Besitzesschutz geben, weil er das „andere Ich' der „ständige Vertreter des Kaufmanns" sei.

47) Dies erhebt Scherer (S. 13 sub 2) zum Unterscheidungsmerkmal.

die Reihe der Verwahrer, Geschäftsführer ohne Auftrag ꝛc. Wird der Chef wieder frei und in den Stand gesetzt, über die Waren zu disponieren, so tritt wieder Besitzdienstschaft ein.[48] Auch dann wird man den Angestellten wieder als Besitzdiener ansehen müssen, wenn seinem Chef ein Pfleger bestellt worden ist. Zweifellos wird derselbe in gleicher Weise wie sein Mündel selbständig eingreifen können.

Heimarbeiter einer Kleiderfirma nennt Staudinger[49] im Gegensatz zu Kniep[50] Besitzdiener. Wir glauben nicht, daß die Verkehrsauffassung dem Chef das Recht zuspricht, sobald der Heimarbeiter das Lokal verlassen hat, letzterem die Sachen wieder abzunehmen. Ist der Arbeiter zu Hause angelangt, würde sich der Chef dazu eines Hausfriedensbruchs schuldig machen können. Arbeitet der Arbeiter auf Stücklohn, würde ihm u. E. sogar ein civilrechtliches Rückbehaltungsrecht an dem bearbeiteten Kleidungsstück wegen seines Lohnanspruchs zustehen.

§ 10.

3. Handlanger sind regelmäßig Besitzdiener, desgleichen der Hausdiener eines Hotels, der die Gepäckstücke an den Bahnhof bringt, mag er nun in Sehweite des Gastes sein oder nicht Anders gestellt ist der selbständige Dienstmann. Er gehört nicht in die

48) Der Fall liegt analog dem unter 1 behandelten Fall des Kastellans. Es muß stets betont werden, daß Besitz und Besitzdienstschaft thatsächliche Machtkonstellationen sind.

49) Staudinger III, IV sub 2c zu § 868 (S. 25).

50) Kniep S. 41.

Klasse der Dienstboten, wie der Hausdiener, sondern bildet den Übergang vom Handlanger zur Klasse der Spediteure und Frachtführer. Trägt oder fährt er Gepäckstücke unter den Augen[51] des Besitzers, so sieht die Verkehrsanschauung in ihm einen bloßen Handlanger und gestattet, daß der Besitzer ihn als „Besitzdiener" behandelt. Erhält er aber ein Gepäckstück zur selbstständigen Beförderung nach irgend einem Orte ausgehändigt, so wird er Besitzer[52] und kann ein Retentionsrecht an den beförderten Sachen wegen seiner Auslagen und Taxgebühren geltend machen. Im ersten Fall liegt Dienstmiete, im zweiten ein Frachtvertrag vor. Der Portier eines Bahnhofes ist als Verwahrer wohl stets Besitzer.[53]

§ 11.

4. Soldaten scheinen ein klassisches Beispiel für Besitzdienstschaft zu bieten. Sie üben an Gewehr, Uniform, Tornister ꝛc. in und außerhalb der Kaserne nur für die Militärbehörde die Gewalt aus und unterliegen jederzeit deren selbständigem Eingriff. Die militärische Zucht giebt ein noch größeres Maß thatsächliche Abhängigkeit wie es der Dienstbote, Lakai ꝛc.

51) So Strohal S. 12; Wendt S. 67; Endemann Note 14 zu § 33 S. 135; weiterfassend Bekker S. 43.

52) Vgl. Anm. 51; ferner Kniep S. 41; immer nimmt Leonhardt S. 64 Besitz an. Anzuerkennen ist, daß es bedenklich bleibt, dem Gepäckträger deswegen sein Retentionsrecht abzusprechen, weil er vor den Augen des Besitzers den Transport ausführte. Die Verkehrsauffassung geht aber wohl davon aus, daß vom Besitzer noch nichts aus der Hand gegeben ist und daher auch Nichts retiniert werden kann.

53) Ebenso Bekker S. 43; Wendt S. 67.

bezüglich der Haushaltungsgegenstände, der Livré ꝛc. der Herrschaft gegenüber hat. Sie sind daher in allen Lagen Besitzdiener.[54] Zu Unrecht unterscheidet Bekker[55] zwischen Besitz der Soldaten an Waffen, Munition, Uniform und Besitzdienstschaft an den zu Transport, Reinigung u. s. w. übergebenen Sachen, wie Kniep[56] zu Unrecht dem Soldaten dann Besitz an Waffen, Uniform und Munition giebt, wenn er außerhalb der Kaserne wohnt.

§ 12.

5. Dem Soldaten stehen die Beamten gleich,[57] einerlei welcher öffentlicher Körperschaft sie angehören. Besitzer ist die Körperschaft. Dies gilt nicht für die niederen, sondern auch für die höheren Beamten; der Postdirektor, der Gymnasialdirektor, der Oberlandesgerichtspräsident, der Major, der Kurator, der Geistliche sind nur Besitzdiener bezüglich des Postgebäudes, des Gymnasiums, des Justizgebäudes, der Kaserne, der Universität, der Kirche. Die Oberpostdirektion, die oberste Schulbehörde, das Justizministerium, das Generalkommando, der Kultusminister, die oberste Kirchenverwaltung, sie alle brauchen sich von den genannten Personen nicht ihre Gebäude verschließen und auf den Civilklageweg verweisen zu lassen, sondern können selbsthandelnd eingreifen.

Anzunehmen ist aber hier die s. g. Dienstwohnung, an der dem Beamten der Besitz zukommt.[58] Denn sie ist

54) Vgl. Matthiaß S. 6; Endemann S. 134 Note 12; Wendt S. 67.

55) Bekker S. 43.

56) Kniep S. 41.

57) Vgl. Wendt S. 66; dagegen Kniep S. 38 ff., 54 ff.

58) Vgl. Matthiaß S. 6; Kniep S. 54.

ihm vom Staat als kontraktliche Gegenleistung aus dem Anstellungsvertrage eingeräumt worden. Seine Stellung ist die eines Mieters, indem der Mietwert der Wohnung als Gegenleistung des Staates aus dem Dienstvertrage aufzufassen ist und ja auch meistenteils auf das Gehalt in irgend einer Weise verrechnet zu werden pflegt. Zu vertreiben ist der Beamte aus seiner Dienstwohnung daher auch nur im Wege der Civilklage.

§ 13.

6. Gesetzliche Vertreter und ähnliche Personen will Förtsch,[59] vorausgesetzt daß die Vertretenen selbst nicht fähig sind, thatsächliche Gewalt über Sachen auszuüben (juristische Personen, Säuglinge, Verrückte), weder als Besitzer noch als Besitzdiener aufgefaßt wissen, sondern als Personen, die den Besitz der Vertretenen, welche allein Besitzer seien, „bethätigen". Förtsch übersieht hierbei, daß „thatsächliche Gewalt" (im sozialen Sinne) bei Besitzer oder Besitzdiener begrifflich dieselbe ist und daß jeder, der sie ausübt („bethätigt"), je nach dem Vorliegen des Momentes der Selbständigkeit notwendig in die Klasse der Besitzer oder die der Besitzdiener fällt. Cosack,[60] der Vormund, Konkursverwalter, Sequester, Gerichtsvollzieher stets Besitzdiener nennt, solange sie nicht die betreffenden Sachen in ihrer Privatwohnung aufbewahren, trifft mit dem von ihm aufgestellten räumlichen Merkmal nicht die hier relevante Frage nach der Selbständigkeit des die

59) Görtsch in Gruchot's Beiträgen (Rassow-Küntzel) S. 545 ff.
60) S. 66 sub d.

Gewalt in ordnungsmäßiger Weise ausübenden Vertreters, sondern ein ganz anderes Gebiet, nämlich das Problem, wann durch das Verhalten des Vertreters die zum Besitz auch für den Vertretenen notwendige thatsächliche Gewalt des letzteren zerstört und allein in die Hände des Vertreters gelegt wird.[61] Es ist wohl in Hinsicht auf die Verschiedenheit auf der in die behandelte Klasse fallenden Rechtsinstitute grundsätzlich falsch, von vorneherein zu generalisieren. Doch lassen sich gewisse Gruppen bilden.

§ 14.

a) Es scheiden aus die Fälle des auf Grund eines Rechtes gegebenen Verwaltungs- und Sequestrationsbesitzes.[62] Wir haben hier den gerichtlich bestellten Verwalter und Verwahrer (§§ 1052, 1217), den Testamentsvollstrecker, dem § 2205 des BGB. ausdrücklich das Recht auf Besitzergreifung zuspricht, den Vormund und Pfleger, den Konkursverwalter. Diese sind stets[63] Besitzer, denn sie sind auf Grund Gesetzes zum Besitz sowohl berechtigt wie verpflichtet. Sie zu Besitzdienern der Vertretenen zu machen ist schon deshalb unmöglich, weil sie den Weisungen des letzteren keine Folge zu geben brauchen. Dagegen könnten sie als Besitzdiener ihrer Aufsichtsbehörden aufgefaßt werden. Wir halten dieses aber nicht für richtig, da die ausgeübte Kontrole, so lange ein positiver Eingriff nicht

61) Übrigens ist auch hierfür die gegebene Formel zu eng.
62) Vgl. Matthiaß S. 7; Strohal S. 15; a. M. Bunsen S. 13.
63) So Wendt S. 61 im Gegensatz zu Strohal S. 16.

erfolgt, der Behörde noch keine thatsächliche Herrschaft giebt.

§ 15.

b) Der Vorstand und andere Organe einer juristischen Person sind Besitzdiener,[64] denn sie müssen gemäß Gesetz und Statut anderen Organen, z. B. dem Aufsichtsrat oder der Generalversammlung, Folge leisten. Nehmen wir mit Gierke die juristische Person als Verbandsperson, so widerstrebt es auch nicht unserer Vorstellung, der unkörperlichen juristischen Person den Besitz, d. h. die selbständige thatsächliche Gewalt über eine Sache, zuzuschreiben. Ihre Organe (Vorstand etc) sind wie die Teile eines Körpers unselbständig (der Mensch besitzt, was seine Hand festhält, der Fuß niedertritt; die Körperteile haben keinen selbständigen Besitz). Da aber immerhin die das Organ darstellenden physischen Personen gleichfalls thatsächliche Herrschaft ausüben, sind sie als Besitzdiener anzusehen. Dies entspricht auch der Verkehrsanschauung. Der revidierende Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft kann ohne weiteres trotz etwaigen Widerspruchs des Direktors dessen Amtsfach die Geschäftsbücher entnehmen. Hat die Generalversammlung der Aktionäre einer Aktiengesellschaft Vorstand und Aufsichtsrat des Amtes legal entsetzt, so werden die neugewählten Organe sich nicht erst von den

64) So Matthiaß § 2 II S. 7; Dernburg § 17 Nr. 7 S. 49; Windscheid-Kipp S. 692. sub g; Planck (Note 5 zu § 854 S. 34) nennt den Vorstand nicht Besitzdiener, nimmt aber unmittelbaren Besitz der juristischen Person an; zweifelhaft Strohal S. 16, der sich aber zur hier zu vertretenen Auffassung neigt; anderer Meinung Kniep S. 49 ff; Bendix S. 4; Gaertner S. 142.

alten den Besitz — der, wenn er einmal vorlag, durch den Generalversammlungsbeschluß nicht beeinflußt werden konnte — an den Gebäuden und dem Inventar übertragen lassen. Betreten sie wider Willen der alten Organe die Fabrikanlagen, so begehen sie weder einen Hausfriedensbruch noch eine Besitzstörung, denn „besessen," d. h. selbständige Gewalt ausgeübt, habe die alten Organe nicht.[65] Der Einwand,[66] daß gesetzliche und statutarische Bestimmungen viele Entscheidungen dem Ermessen der Organe anheimgeben, daß ihnen weitgehende Prüfungspflichten gegenüber den Weisungen anderer Organe, namentlich bezüglich der formellen Legalität der Weisungen, bei Meidung civil- und strafrechtlicher Haftung obliegen, ist nicht durchschlagend. Jene Pflichten sind öffentlichrechtlicher Natur und keineswegs dem Wesen der Besitzdienstschaft widersprechend. So hat der herrschaftliche Kutscher trotz seiner Besitzdienstschaft (und allgemeinen Bedienteneigenschaft) doch die Anweisungen seines Besitz- (und Dienst-)herrn auf ihre öffentlichrechtliche Legalität zu prüfen. Verstößt er auf Befehl seines Herrn gegen die Vorschriften der Straßenpolizeiordnung und richtet Schaden an, so wird er von seiner civil- und strafrechtlichen Haftung nicht durch Berufung auf jenen Befehl frei. Die einer Person

65) Natürlich können die Organe den Besitz von der juristischen Person dadurch auf sich übertragen haben, daß sie in gleicher Weise wie andere Besitzdiener die Sache der thatsächlichen Gewalt des Besitzherrn entzogen, z. B. in ihre Privatwohnung verschleppten. Das rechtfertigt u. E. jedoch noch nicht die Bedenken Strohals (S. 16.) der von einer grundsätzlichen Anerkennung der Besitzdienstschaft anscheinend zurückscheut.

66) So Gaertner S. 142.

auferlegte öffentlichrechtliche Prüfungspflicht der Anweisungen des Besitzherrn und Verantwortlichkeit für die Folgen ihrer Handlungsweise duldet also sehr wohl die Qualität der Besitzdienstschaft neben sich.

§ 16.

c) Das im vorgehenden Pharagraphen Gesagte gilt in gleicher Weise für den Schiffer, der Besitzdiener des Schiffes ist.[67] Er hat den Weisungen des Rheders unbedingt Folge zu leisten, ein Betreten des auf der Rhede liegenden Schiffes durch den Rheder wider den Willen des Schiffers ist erlaubt. Daß dem Schiffer öffentlichrechtliche Verpflichtungen[68] obliegen, steht seiner Besitzdienstschaft nicht entgegen.

§ 17.

7. Die Zugehörigkeit der Personen, welche im täglichen Leben als Verwahrer, Beauftragte, Unternehmer, Finder bezeichnet werden, kann nur für den konkreten Fall entschieden werden[69] Beauftragter ist z. B. der Dienstmann, der vor unseren Augen den Koffer trägt (Besitzdiener), der Portier im Bahnhof, der ihn verwahrt (Besitzer), die Eisenbahn, die ihn befördert (Besitzer). Ein besonderes Interesse verdient noch der Finder. Er wird allgemein als Besitzer angesehen und nur darüber herrscht Streit, ob der Verlierer durch

67) Vgl. Dernburg § 23 Note 8 S. 71; anderer Meinung Kniep S. 38, 140; Gaertner S. 145 Note 3.

68) Kniep S. 38, 140 beruft sich auf § 512 HGB.

69) Vgl. Matthiaß § 2 II 3 S. 7.

ihn ohne weiteres den mittelbaren Besitz erhält.[70] Für das vorliegende Thema ist es nur von Bedeutung hervorzuheben, daß der Finder auch Besitzdiener sein und der Vorgang des Findens dem Verlierer unmittelbaren Besitz verschaffen kann. Der Kutscher X findet auf der Straße eine Pferdedecke, die seinem selbstkutschierenden Dienstherrn unbemerkt vom Wagen gefallen ist, erkennt sie und bringt sie seinem Dienstherrn zurück. Das Stubenmädchen erkennt auf dem Markt den Korb der Köchin ihrer Dienstherrschaft, den diese dort vergessen hat und bringt ihn heim. Hier werden Finder Besitzdiener und verschaffen einem Dritten unmittelbaren Besitz. Auch Saul, der ausging, seines Vaters Eselinnen zu suchen, würde, wenn er sie gefunden hätte, nur Besitzdiener geworden sein.

§ 18.

8 Von den zahlreichen Fällen, in denen der Besitzer einem Dritten nur zum vorübergehenden Gebrauche die thatsächliche Gewalt über eine Sache überläßt und aus diesem Grunde von der Verkehrsanschauung für berechtigt gehalten wird, dem Dritten die überlassene Gewalt jederzeit (event. durch selbständiges Zugreifen) wieder zu entziehen, sollen nur erwähnt werden die Fälle der gesellschaftlichen Höflichkeiten, wie das Überlassen des Opernglases an den Nachbar, des Kursbuches an den Mitfahrenden, des Eßbestecks, Weinglases ꝛc. an den Gast des Hauses. Auch der Besucher der staatlichen

70) Dafür Dernburg § 20 S. 63, § 21 S. 64; Wendt S. 62; Kniep S. 152 ff; dagegen Strohal S. 22; Endemann § 32 S. 126; Gierke S. 7 Note 15; Cosack § 185 S. 64 ff. sub 2b.

Bibliothek hat gleichsam als Gast des Staates an den hingegebenen Büchern innerhalb der Bibliotheksräume keinen Besitz.[71] Die Verkehrsanschauung, den Dritten nur als Besitzdiener anzusehen, hat darin ihren Grund, daß der Dritte keine Gegenleistung bietet, gleichsam nur Wohlthaten empfängt. Wenn trotz Vorhandenseins einer Gegenleistung der billardspielende Gast nur als Besitzdiener zu gelten hat,[72] so beruht dies darauf, daß der Wirt nach der Verkehrsauffassung berechtigt ist, die Überlassung des Billards jederzeit zu entziehen. Der Gast dürfte aber als Besitzer anzusehen sein, wenn er das Billard für eine bestimmte Zeit mit Zustimmung des Wirtes „belegt" hat. Denn jetzt hat er die Benutzung des Billardzimmers nebst Billard für eine bestimmte Zeit gemietet. Auch an Messer und Gabeln hat der Gast eines Wirtshauses wohl für die Dauer seines Mahles Besitz. In dem durch Aufgabe und Annahme der Bestellung zwischen Wirt und Gast geschlossenen Vertragsverhältnis ist das Recht des Gastes enthalten, diese Gegenstände für die Dauer des Mahles zu benutzen,[73] der Gast hat sie gleichsam für die fragliche Zeit gemietet.

71) Vgl. Cosack § 185 S. 66

72) Vgl. Matthiaß S. 6, Cosack S. 66.

73) Vgl. Planck Note 2 zu § 855 S. 37, im Gegensatz zu Matthiaß S. 6. und Strohal S. 11.

Schluß.

Die Funktionen des Besitzdieners.

§ 19.

a) gegenüber dem Besitzer.

Gegenüber dem Besitzer besteht die Bedeutung des Besitzdieners darin, daß er ihm, wie oben näher ausgeführt, den Besitz erwirbt, erhält oder verliert. Der Besitzer hat alle, der Besitzdiener keinerlei Rechte. Trotz dieser absoluten Machtvollkommenheit vermag der Besitzer sich nicht in einen Tyrannen zu verwandeln, denn die von Treu und Glauben und den guten Sitten gebildeten Schleifzügel hindern auch ihn am Durchgehen. Nach § 226 BGB. ist die Ausübung eines Rechtes unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen. Nach § 826 ist schadensersatzpflichtig, wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt. Der Dienstherr, der seinem Lakaien gegenüber auf offenem Marktplatz auf sofortige Rückgabe der Livré, mit der er bekleidet ist, besteht und ihm nicht Zeit lassen will, den Weg nach Hause zu machen, wo er nach Ablegung der Livré eigenes

Zeug zur Verfügung hat, der Fahrgast, der einem Mitreisenden ein Trinkglas geliehen hat, und es in dem Augenblick, in dem letzterer es mit Wein gefüllt hat, zurückfordert, ohne die ihm zum Austrinken nötige Zeit freizugeben, handeln dolos und daher widerrechtlich.

Der Besitzdiener braucht in diesen Fällen den Weisungen des Besitzers nicht sofort nachzukommen. Wendet der Besitzer Gewalt an, so hat der Besitzdiener außer Schadensersatzansprüchen das Recht der Notwehr nach § 227 BGB.

§ 20.

b) Dritten gegenüber.

Der Besitzdiener ist nicht Besitzer; die vom Gesetz dem Besitzer zugesprochenen Besitzklagen sind ihm daher nicht gegeben, wohl aber ist ihm gemäß § 860 BGB. die „Ausübung der dem Besitzer nach § 859 zustehenden Rechte“ (der Selbstschutzrechte) freigestellt.

Die Selbstschutzrechte des Besitzers richten sich gegen denjenigen, der nach § 858 „verbotene Eigenmacht“ ausübt, d. h. dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitze stört, ohne daß das Gesetz die Entziehung oder Störung gestattet. Wer durch verbotene Eigenmacht besitzt, besitzt fehlerhaft. Ihm ist sein Nachfolger im Besitze gleichgestellt, wenn er sein Erbe ist oder die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers bei dem Erwerbe kennt (cf. § 859 Abs. 4).

Die Selbstschutzrechte des Besitzers (§ 859) zerfallen in das Recht der Selbstverteidigung des gestörten Besitzes (Abs. 1) und in das Recht der Selbsthülfe zum Zweck der Wiedererlangung des entzogenen Besitzes (Abs. 2 u. 3).

1. Das Selbstverteidigungsrecht (§ 859 Abs. 1) besteht darin, daß sich der Besitzer verbotener Eigenmacht mit Gewalt „erwehren" darf. § 859 Abs. 1 wiederholt lediglich in positiver Form ein auf negativem Wege bereits aus §§ 227 und 858 Abs. 1 sich ergebendes Resultat;[74] nach § 858 stellt verbotene Eigenmacht eine „widerrechtliche" Handlung dar, während § 227 die durch Notwehr gebotene Selbstverteidigung gegen eine widerrechtliche Handlung als „nicht widerrechtlich" feststellt.

Auch insofern liegt Übereinstimmung vor, als nur die zur Abwehr erforderliche Gewalt angewendet werden darf. Dies ergiebt sich aus dem Begriff des „Erwehrens"; wer über das zur Verteidigung notwendige Maß hinausgeht, „erwehrt" sich nicht mehr, sondern greift an.[75] Er handelt widerrechtlich und ist im Falle des Verschuldens schadensersatzpflichtig.[76]

2. Das Selbsthülferecht des Besitzers (§ 859 Abs. 2 und 3) geht über das allgemeine Selbsthülferecht insofern hinaus, als es nicht das Erfordernis in sich schließt, daß „obrigkeitliche Hülfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, daß die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde." Vorausgesetzt ist zunächst Besitzentsetzung durch verbotene Eigenmacht. Sodann

---

74) Vgl Motive III S. 112; Bekker S. 11 u. 12.

75) cf. Motive III S. 113; Biermann Note 2 zu § 859 S. 10; Planck Note 2 zu § 859 S. 44; Matthiaß S. 16.

76) cf. Biermann § 859 Note 2 S. 10; Planck § 859 Note 2 im Gegensatz zu Dernburg § 23 Note 3 S. 69, der auch bei Nichtverschulden Schadensersatzpflicht annimmt.

wird unterschieden zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen.

a) bei beweglichen Sachen darf dem auf frischer That betroffenen oder verfolgten Thäter die Sache mit Gewalt wieder abgenommen werden. Die Vorschrift entspricht dem § 127 der Strafprozeßordnung.[77] Verfolgung auf frischer That setzt voraus, daß die That unmittelbar nach ihrer Verübung entdeckt und auf Grund der herbei gemachten auf den Thäter hinweisenden Wahrnehmungen die Verfolgung des Thäters unverzüglch begonnen ist.[78] Die Verfolgung kann bis in die Behausung des Verfolgten fortgesetzt werden.[79]

b) Bei Grundstücken darf der Besitzer sofort nach Entziehung sich des Besitzes durch Entsetzen des Thäters wieder bemächtigen. „Sofort" enthält im Gegensatz zu „unverzüglich" (cf. § 121: „ohne schuldhaftes Zögern") ein von der Kenntnis des Entsetzten unabhängiges von der Einsetzung selbst an zu bemessendes, den Umständen nach angemessenes Zeitmaß,[80] innerhalb dessen der Entsetzte die nötigen Vorbereitungsmaßregeln zur Wiedererlangung treffen kann.

Wenn die „Ausübung" dieser Selbstschutzrechte des Besitzers durch § 860 auch dem Besitzdiener zugesprochen wird, so werden ihm damit noch nicht, wie die Protokolle

---

77) cf. Protocolle S. 3356; Biermann Note 3a zu § 859 S. 10; Planck Note 3a zu § 859 S. 44.

78) cf. Löwe, Comm. zu StrPrO. 8. Aufl. S. 371 Anm. 2 u. Planck Note 3a zu § 859 S. 44.

79) Protokolle S. 3356; Biermann u. Planck a. a. O.; A. M. Männer S. 103 Nr. 13.

80) Strohal S. 50; Biermann § 859 Note 3b S. 10; Planck § 856 Note 3b S. 44; Matthiaß S. 15.

(vgl. S. 3360) wollen, „Besitzrechte" zugestanden. Das Selbstverteidigungsrecht konnte der Besitzdiener wie jede dritte Person bereits gemäß § 226 BGB. für den Besitzer ausüben. Entsprechend dem praktischen Bedürfnisse ist ihm durch § 860 auch die Ausübung der Selbsthülferechte zugestanden, die anderen Personen nicht zusteht. Doch ist er hierdurch in keiner Weiser unabhängiger geworden. Da seine Befugnis eine Verletzung des Besitzers voraussetzt, steht sie ihm nicht zu, wenn dem Besitzdiener mit Zustimmung des Besitzers der Gewalt durch Dritte entzogen wird oder wenn die stattgehabte Entziehung vom Besitzer nachträglich genehmigt wird. Im Sinne des Anhängigkeitsverhältnisses wird man sagen müssen, daß die Befugnisse des Besitzdieners auch dann entfallen, wenn der Besitzer die verbotene Eigenmacht zwar nicht billigt, dem Besitzdiener aber die Ausübung seiner Befugnisse untersagt.[81]

81) Planck zu § 860 Abs. 2 S. 45.